

في المسائل المختلف فيها

بين الشافعي المطلبي الهاشمي القرشي وبين أبي حنيفة

رضي الله عنهما

تأليف

الشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي

المتوفى ٤٧٦ هـ

تحقيق

محمد حسن إسماعيل

الجزء الثاني



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales @al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

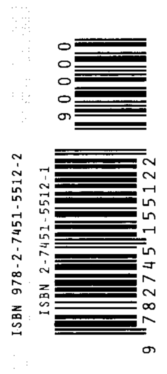
Title	: **Al-Nukat**	**الكتاب**	: **النكت** في المسائل المختلف فيها بين الشافعي المطلبي الهاشمي القرشي وبين أبي حنيفة رضي الله عنهما
Classification:	Comparative Law	**التصنيف**	: فقه مقارن
Author	: Abū Isḥāq al-Šīrāzi	**المؤلف**	: أبو إسحاق الشيرازي
Editor	: Muḥammad Ḥasan Ismā'īl	**المحقق**	: محمد حسن إسماعيل
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	**الناشر**	: دار الكتب العلميـــة - بيروت
Pages	: 1072 (2 volumes)	**عدد الصفحات**	: 1072 (جزءان)
Size	: 17* 24	**قياس الصفحات**	: 17* 24
Year	: 2011	**سنة الطباعة**	: 2011
Printed in	: Lebanon	**بلد الطباعة**	: لبنـــان
Edition	: 2nd	**الطبعة**	: الثانية



Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠





مسائل الحوالة

مسألة: لا يعتبر رضا المحال عليه [1].

وقال أبو حنيفة: تعتبر [2].

لنا: أنه إذن في استيفاء دين فلا يعتبر فيه رضا من عليه كالتوكيل ولأنه تصرف فيما يملكه فلا يعتبر رضا المملوك عليه كالتصرف في رق العبد.

قالوا: أحد من يتم به الحوالة فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال.

قلنا: لأنهما كالمتبايعين وهذا كالعبد المبيع.

قالوا: ضمان لدين على الغير فلابد فيه من رضا الضامن كالكفالة بالمال.

قلنا: الضامن لا حق عليه وهذا عليه حق فلا يعتبر رضاه.

مسألة: لا يرجع المحتال على المحيل [3].

وقال أبو حنيفة: إذا مات المحال مفلساً أو جحد الحق وحلف عليه رجع [4].

لنا: هو أنه حق تحول بالحوالة فلا يجوز للمحتال الرجوع إلى ذمة المحيل كما لو أفلس في حياته ولأنه أبرأ بغير بدل فلم يحتمل العود كالإبراء والدليل على الوصف أنه يجوز الحوالة بالسلم والاستبدال بالسلم فلا يجوز ولأنه لو كان تبديلا لم يجز لأنه بيع دين بدين ولأنه سمى حاله فدل على أنه تحويل لا تبديل.

قالوا: روي عن عثمان أنه قال الحوالة إذا مات المحال عليه وهو مفلس عاد الدين إلى ذمة المحيل لاتوا على مال مسلم.

---

(١) الإفصاح (١/٣٢١)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٤/٢٢٨)، الكافي (٢/١٢٥).

(٢) الإفصاح (١/٣٢٢)، الهداية (٣/١١٠).

(٣) الإفصاح (١/٣٢٢)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٤/٢٣٢)، الكافي (٢/١٢٥).

(٤) الإفصاح (١/٣٢٢)، الهداية (٣/١١٠).

قلنا: يرويه خليد بن جعفر عن معاوية بن قرة وخليد ضعيف ومعاوية لم يلق عثمان ولأنه قول واحد من الصحابة.

قالوا: نقل الحق من ذمة إلى غيرها فإذا لم يسلم وتوى رجع إلى الذمة كما لو صالح منه على عبد فمات أو على منفعة دار فتلفت.

قلنا: لا نسلم أنه توى لأنه يجوز أن يكذب نفسه بعد ما حلف فإذا سقط هذا انتقض به إذا أفلس في حياته ولأن هناك لم يبق ولكنه تعذر كإباق العبد وغصب الدار جاز له الرجوع إلى الدين ولو هرب المحال عليه أو أفلس في حياته لم يرجع ولأن ذاك إسقاط دين ببدل فشرط فيه السلامة وهاهنا إسقاط بغير بدل ولأن هناك لم ينقطع العلق بين المتعاقدين ولهذا يجوز له مطالبته بقبض ما نقل إليه وإذا غصب طولب بتجليسه ليسلمه إليه وهاهنا انقطعت العلق بينهما ولهذا لا يجوز للمحيل مطالبة المحتال بقبض المال وإذا هرب المحال عليه لم يلزمه طلبه فصار كما بعد القبض في الصلح ولأن العقد هناك تعلق بمعين فانفسخ بهلاكه وهاهنا تعلق بدين في الذمة فلم ينفسخ بهلاكه كما لو صالحه عن الدين على مال في الذمة ثم مات.

مسائل الضمان

مسألة: لا يصح ضمان المال المجهول [(١)].

وقال أبو حنيفة: يصح [(٢)].

لنا: هو أنه تثبيت مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يصح مع الجهالة كالثمن والأجرة ولا يلزم إذا قال ألقِ متاعك في البحر وعلى ضمانه لأن ذلك يجب بالإتلاف ولأنه ضمان مال فلم يصح مع الجهالة من غير حاجة كما لو ضمن بعض ماله على فلان.

قالوا: ضمان مال فجاز مع الجهالة كضمان الدرك وضمان قيمة ما يلقيه في البحر.

قلنا: ضمان الدرك تدعو الحاجة إلى الجهالة فيه فعفي عنها ولا حاجة إلى الجهالة هاهنا فلم يعف عنها وضمان ما يلقى في البحر ليس من جنس الضمان وإنما هو استدعاء إتلاف بعوض ولهذا يجوز أن يضمن أكثر من قيمة الشيء ويصح من غير مضمون عنه.

قالوا: يصح تعليقه على الخطر وهو ضمان الدرك فجاز مع الجهالة كالطلاق والعتاق.

---

(١) الإفصاح (١/٣٢٣)، وانظر: روضة الطالبين (٤/٢٥٠).

(٢) الإفصاح (١/٣٢٣)، ووافق الأحناف مالك وأحمد. انظر: الهداية (٣/٩٩)، المغني (٥/٨٣).

قلنا: الضمان الذي اختلفنا فيه لا يجوز تعليقه على الخطر وضمان الدرك لا يصح حتى يقبض الثمن فيكون ضمان واجب في الحال ثم الطلاق والعتاق يصح في بعض الحملة وهاهنا لو قال: ضمنت بعض مالك على فلان لم يصح.

قالوا: التزام مال في الذمة بقوله فأشبه الإقرار.

قلنا: يبطل بالثمن والأجرة والإقرار إخبار عن واجب متقدم مضطر إليه وهذا ابتداء إيجاب بعقد فهو كالثمن ولهذا لو أقر ببعض الحملة جاز ولو ضمن بعض الحملة لم يجز.

مسألة: يصح الضمان من غير رضا المضمون له.

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

لنا: هو أنه ضمان دين فلم يعتبر فيه رضا المضمون له كضمان الورثة دين المريض ولأنه وثيقة لا تفتقر إلى قبض من له الحق فلم يفتقر إلى رضاه كالشهادة.

قالوا: إيجاب مال له في الذمة تعقد فلم يجز من غير رضاه كالبيع والحوالة.

قلنا: البيع ساد له مال بمال والحوالة إما أن يكون مبادلة وإسقاط حق من ذمة إلى ذمة وهذا توثيق لحقه من غير إضرار فهو كالإشهاد.

قالوا: وثيقة يستوفى الحق من جهتها فاعتبر فيها رضا المعقود له كالرهن.

قلنا: يبطل بالضمان كدين المريض والمعنى في الرهن أنه يحتاج إلى القبض والحفظ وهذا وثيقة له بلا قبض وحفظ ولأن في الرهن لا يأمن أن يتلف فيرفع إلى من ترى تضمينه فيسقط حقه فلا يجوز من غير رضاه ويأمن هذا في الضمان.

مسألة: يجوز الضمان عن الميت [١].

وقال أبو حنيفة: إن لم يخلف وفاء لم يجز [٢].

لنا: ما روى جابر قال: توفى رجل منا فأتينا النبي ﷺ [٣] ليصلي عليه فقال: «**عليه دين**».

---

(١) الإفصاح (٢/٣٢٢، ٣٢٣)، وافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المرجع السابق.

(٢) الإفصاح (١/٣٢٢، ٣٢٣)، الهداية (٣/١٠٣).

(٣) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/٢٨٠) ح (١١١١)، وابن حبان في صحيحه (٧/٣٢٩) ح (٣٠٥٩)، والحاكم في مستدركه (٢/٦٦) ح (٢٣٤٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/٧٣) ح (١١١٧٩)، والدارقطني في سننه (٣/٤٦)، وأبو داود (٣/٢٤٧) ح (٣٣٤٣)، والنسائي في الكبرى (١/٦٣٧) ح (٢٠٨٩)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٢٩٦) ح (١٤١٩٢)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٠٤) ح (١٥٣٣).

قلنا: ديناران فانصرف فتحملهما أبو قتادة وقال على الديناران وقال ﷺ :«**عليك حق الغريم وبرئ الميت منه**» قال: نعم فصلى عليه، وروى أنس أن النبي ﷺ أتى بجنازة ليصلي عليها فقال ﷺ «**هل عليه دين**» قالوا: نعم، قال: «**ما شفعه صلاتي وذمته مرتهنة بدينه فلو قام أحدكم فضمن وصليت عليه كانت صلاتي شفعة**»، ولأنه دين يصح ضمانه مع وجود الوفاء فصح ضمانه من غير وفاء كدين الحي، ولأنه معنى لا يمنع الضمان فلا يمنع ابتداءه كالمجنون ولأن الدين باق بدليل ما ذكرناه من الخبر، ولأنه يصح فيه القضاء وإلا برأ ولو قبل عهد فصولح من القصاص على مال وجب قضاء الدين منه فلو كان قد سقط بالإفلاس لما قضى كالتبرعات ولأنه باق في حكم الآخرة في الإثم والعقوبة على المماطلة فإذا ثبت هذا قلنا دين لازم فصح ضمانه كسائر الديون.

قالوا: دين سقطت المطالبة به بكل حال فلم يصح ضمانه كالدين بعد الإبراء ودين المكاتب بعد الموت.

قلنا: لا نسلم الوصف فإنه إن ضمنه ضامن وقعت المطالبة به ثم الدين بعد الإبراء قد سقط ولهذا لا يصح القضاء عنه ولا الإبراء منه بخلاف هذا، ودين المكاتب يسقط لانفساخ العقد الذي يجب به الدين وهاهنا لا ينفسخ العقد الذي وجب له الدين ولأن دين المكاتب لا يصح ضمانه في حال الحياة وهذا يصح.

قالوا: محل الدين العين أو الذمة وليس هاهنا عين ولاذمة فلم يبق دين والدليل على أنه لا ذمة أنه لو كان له ذمة لم يحل بموته ولوجب أن يجب الدين عليه ابتداء.

قلنا: له ذمة صحيحة ولهذا قال ﷺ «**ما شفعه صلاتي وذمته مرتهنة في قبره بدينه**» ولأنه لو خلف وفاء فأبرأه من الدين صح ولو لم يكن الدين في الذمة وكان قد انتقل إلى التركة لما صح إبراءه كما لا يصح إبراء المحيل بعد الحوالة وإنما حل الدين لأن الأجل للرفق ولا رفق في الأجل بعد الموت وإنما لم يجب الدين عليه ابتداء لأن سبب الدين لا يوجد وعلى أنه يجوز أن يجب الدين ابتداء وهو إذا كان قد حفر بئراً ووقع فيها بهيمة بعد موته.

مسألة: إذا ضمن ألفا ودفع إليه ثوباً يساوي خمس مائة رجع بخمس مائة في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: يرجع بألف.

لنا: هو أن الضامن كالمقترض فلا يجوز أن يرجع بالزيادة ولأن المضمون يتبرع عليه بما تركه فلا يرجع به الضامن كما لو أبرأه.

قالوا: لو دفع في ثمن الشقص لم يسقط خمس مائة أخذ الألف من الشفيع فكذلك هاهنا.

قلنا: لو أبرأه البائع من الثمن لم يسقط عن الشفيع ولو أبرأه المضمون له لم يرجع.

مسألة: لا يجوز بشرط الخيار في الضمان.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه عقد لا يقصد به المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط كالنكاح.

قالوا: عقد وضع لإيجاب المال لا يعتبر فيه الفيض في المجلس فجاز شرط الخيار فيه كالبيع.

قلنا: البيع يقصد به المغابنة فثبت به الخيار لدفع العين وهنا لا يقصد به الغبن فهو كالنكاح والخلع.

مسألة: لا تصح الكفارة بالبدن في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تصح.

لنا: هو أنه كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالودائع والأمانات أو كفالة ببدن من عليه الحق فأشبه الكفالة ببدن الزوجة والشهود ولأنه حق لا يصح أخذ الرهن به فلا يصح التكفل به قياساً على ما ذكرناه ولأنه ضمان عين في الذمة فأشبه السلم في ثمرة نخلة بعينها أو عقد على عين شرط فيه تأخير التسليم فأشبه إذا باع عينا وشرط فيه التأخير.

قالوا: روي أنه كان لابن عمر على علي دين فكفلت به أم كلثوم وأن ابن مسعود استتاب قوماً ارتدوا فكفلهم عشائرهم.

قلنا: أم كلثوم إنما تكفلت بالدين لا بالبدن وابن مسعود فعل ذلك احتياطا لأن بعد التوبة لا حق عليهم فيحتاج إلى الكفالة.

قالوا: الحضور حق واجب عليه فجاز الكفالة به كالدين.

قلنا: الحضور عند الزوج حق يجب على الزوجة وعلى الشهود لأداء الشهادة ثم لا يجوز الكفالة به ثم ذاك دين فجاز ضمانه في الذمة وهذا عين فلم يجز، ولأن الدين يقوم الضامن فيه مقام المضمون عنه في الإيفاء وفي البدن لا يقوم الكفيل مقام المكفول به.

قالوا: البدن يجب تسليمه بالعقود فجاز الكفالة به كالمال.

قلنا: يبطل ببدن الزوجة في النكاح.

مسائل الشركة

مسألة: تصح الشركة على كل ماله مثل في أصح الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا تصح إلا على الأثمان.

لنا: هو أنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان.

قالوا: عقد يبتغى به طلب النماء فلم يجز على غير الأثمان كالمضاربة.

قلنا: لأن في المضاربة يحتاج إلى رد رأس المال وربما غلا الطعام فيستغرق جميع الربح وربما رخص فيذهب العامل ببعض رأس المال وفي الشركة لا يأخذ واحد منهما شيئاً من مال الآخر.

مسألة: لا تصح الشركة إلا على مالين متماثلين.

وقال أبو حنيفة: يصح إذا كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير.

لنا: هو أنهما جنسان فأشبه الحنطة والشعير أو تثمين أحدهما عن الآخر فأشبه ما قلنا.

قالوا: هما كالجنس الواحد لأنه يثمن بهما الأشياء ويقوم المتلفات.

قلنا: لو كانا كالجنس الواحد يحرم فيهما التفاضل ولاتفق نصابهما وفرضهما في الزكاة وجاز لمن له على رجل أحدهما فوجد الآخر أن يأخذه عندهم ثم هما مختلفان ومتميزان والشركة لا تكون مع التمييز.

قالوا: الشركة معقودة على الوكالة ولو وكل كل واحد منهما صاحبه أن يستوي بما معه من النقد شيئاً بينهما جاز فكذلك إذا اشتركا.

قلنا: لا نسلم ذلك بما يجوز إذا وكله بأن يشتري في الذمة ومثل هذا يجوز في الطعام بأن يوكله أن يشترى بطعام في الذمة عبداً بينهما ثم لو عقد الشركة على الطعام لم يجز.

مسألة: لا تصح الشركة إلا بخلط المالين.

وقال أبو حنيفة: تصح من غير خلط.

لنا: هو أن مال أحدهما متميز عن مال الآخر فأشبه الحنطة ولأنه لو هلك أحدهما ملك من صاحبه وإن سلم بقي على ملكه فلا شركة بينهما فيه كما لو لم يتقاولا عليه ولأن هذا عقد شركة ولا اشتراك بينهما في شيء.

قالوا: عقد على التصرف في المال فانعقد بالقول كالمضاربة.

قلنا: ذاك معقود على تصرف أحدهما ومال الآخر ولهذا سميت مضاربة وهذا معقود على تصرف في مال مشترك ولهذا سمي شركة ولا اشتراك بينهما ولأن العامل في المضاربة

يستحق ربح مال غيره فصح بالقول والشريك يستحق ربح مال نفسه لا ربح مال غيره فلم يحصل بالقول.

قالوا: الشركة وكالة فانعقدت بمجرد القول كما لو قال اشتر سلعة بيني وبينك.

قلنا: هي وكالة ولكن في مال مشترك ولا اشتراك بينهما ولهذا يجوز الوكالة على مال في الذمة ولا يجوز الشركة إلا على مال حاضر ويخالف ما قاسوا عليه فإن هناك العوض يثبت في ذمتهما فوقع الملك وقسم الربح بينهما وهاهنا المشتري بمال أحدهما فلا يشاركه الآخر في ربحه.

مسألة: لا يجوز شرط التفاضل في الربح مع تساوى المالين ولا شرط التساوي مع تفاضل المالين [١].

وقال أبو حنيفة: يجوز [٢].

لنا: هو أنهما تساويا في رأس المال فتساويا في الربح كحال الإطلاق، أو أحد ما يقضي إليه الشركة فلا يجوز شرط التفاضل فيه مع من تساوى المال كالخسران ولأنه شرط جزاء من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة فلم يستحقه بالشرط كما لو شرطه الأجنبي ولأنه نماء مال مشترك فكان على قدر المال كالثمرة والنتاج.

قالوا: عقد يطلب به الربح يجوز مع تساوي الربح فجاز مع التفاضل كالقراض.

قلنا: يبطل بشركة المفاوضة ولأن العامل في القراض يستحق الربح بالشرط في مقابلة عمله فحمل على الشرط والشريك يستحق بالمال فحمل على المال ببينة أنه لو أطلق القراض استحق العامل بدل عمله ولو أطلق الشركة لم يستحق العامل بدل عمله.

قالوا: ولأنا ندل على أن الربح يستحق في الشركة بالعمل فيقول: عقد يستحق الربح فيه بالمال فجاز أن يستحق بالعمل كالمضاربة.

قلنا: في حال الإطلاق يستحق بالمال ولا يستحق بالعمل ثم نقلب فنقول فمن أخذ الربح فيه بالمال لم يأخذ بالعمل كالمضاربة.

قالوا: العمل يستحق به الربح وقد يكون لأحدهما فضل عمل فشرط له جزء من

(١) الإفصاح (٢/٤)، ووافق الشافعية مالك. انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٧٨١)، روضة الطالبين (٤/٢٨٤).

(٢) الإفصاح (٢/٤)، ووافق الأحناف أحمد انظر الهداية (٣/٧)، بدائع الصنائع (٦/٦٥)، الكافي (٢/١٤٦).

الربح.

قلنا: ولكن في الشركة لا يستحق بالعمل فلا يستحق بفضل العمل ولأن عندهم لو لم يكن له فضل عمل استحق أيضا.

قالوا: إذا كان لأحدهما ألف وللآخر ألفان فكأنهما اشتركا في ألف وعقد القراض في ألف.

قلنا: لا يجوز أن يعقد لهما قراض لم يعقداه لم يعقده ثم في القراض إذا اشتركا في البد والتصرف لم يصح فيجب أن لا يصح هاهنا.

مسألة: إذا شرط أن يكون الخسارة على أحدهما الأكثر ويطلب الشركة.

وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط ويصح العقد.

لنا: أنه شرط فاسد قارن عقد الشركة فأشبه إذا شرط أن يكون الربح أو الخسران كله على أحدهما.

قالوا: ما صح مع الجهالة صح مع الشرط الفاسد كالطلاق والعتاق.

قلنا: الجهل بمقدار الربح أجيز للحاجة فلم يمنع الفساد بالشرط كالجهل بأساس الحيطان في البيع ويخالف الطلاق والعتاق فإنهما يجوزان مع الجهالة من غير حاجة ولأن ذلك لا يبطل بشيء من الشروط وهذا يبطل إذا شرط أن يكون الربح كله لأحدهما.

مسألة: لا تصح شركة الأبدان.

وقال أبو حنيفة: تصح.

لنا: أنه شركة على غير مال موجود فأشبه الشركة على ما يرثان أو شركة على ما لا مثل له فأشبه الشركة على العوض أو شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بكسبه فأشبه الشركة على الاحتشاش والاصطياد أو شركة على منافع أعيان فأشبه الشركة على منافع البهائم.

قالوا: المنافع كالأعيان في جواز العقد فكانت كهي في الشركة.

قلنا: العقد يقتضي الملك وهي كالأعيان في التمليك والشركة تقتضي الاشتراك والاشتراك في المنافع ولهذا العروض كالأثمان والديون كالأعيان في العقود وليس كهي في الشركة.

قالوا: عقد يبتغي منه الفائدة فجاز أن ينعقد على العمل كالقراض.

قلنا: فلا ينعقد على العمل وحده كالقراض، ثم القراض يقتضي العمل ولهذا سمي مضاربة لأنه يضرب في الأرض والشركة تقتضي الاشتراك ولهذا يسمى شركة ولا شركة

في المنافع ولأن في القراض أحدهما يأخذ نماء ماله والآخر بدل عمله وهاهنا يأخذ كل واحد منهما كسب صاحبه وهذا لا يجوز.

قالوا: تقبل الأعمال يصح فيه التوكيل فجازت الشركة عليه كشراء الأموال.

قلنا: لأن في الأجل ما يشتريه يدخل في ملكهما وهاهنا ما يتقبله لنفسه فلا يشاركه الآخر فيه.

قالوا: يضمن كل واحد منهما ما يتقبل الآخر فاستحق به الأجرة كما لو تقبل قصارة ثياب واستعان بغيره منها.

قلنا: لا يضمن لأنه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول ولمن لا يعرفه ثم بالضمان لا يستحق الربح كمن ضمن الثمن والعهدة في البيع والقصار يأخذ بدل عمله فإن المعين قصر له ووهب له عمله وهاهنا عمل كل واحد منهما ما استحق عليه فلا يصير بدله لغيره.

مسألة: شركة المفاوضة باطلة.

وقال أبو حنيفة: جائزة.

لنا: هو أنها شركة لا تصح بين المسلم والكافر أو بين الحر والمكاتب فأشبه الشركة على العروض أو شركة لا تصح مع تفاضل المال فأشبه ما قلنا ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يملكه من غير مال الشركة فأشبه الشركة في الميراث والهبة والاصطياد ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يلزم الآخر من غير جهة الشركة فأشبه إذا اشتركا على أن يضمنا ما يجنيان احتجوا بما روي أن النبي ﷺ قال: «**إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة فإن فيها أعظم اليمن وأعظم البركة ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان**»(١).

قلنا: لا يعرف في أصل ثم المراد به إذا تحدثتم فإن المفاوضة هي المحادثة ولهذا قال ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان.

قالوا: هذه الشركة تنظم ما يصح وهي شركة الأبدان والوكالة والضمان فصار كشركة العيان.

قلنا: شركة الأبدان لا تصح ثم هذه الثلاثة تصح بين المسلم والكافر والحر والمكاتب ثم الشركة الجامعة لها لا تصح ولأنها إن تضمنت ما يصح فإنها تتضمن ما لا يصح وهو ما

---

(١) لم أجده.

قلناه فبطل.

مسألة: شركة الوجوه لا تصح [١].

وقال أبو حنيفة: يصح [٢].

لنا: هو أنها شركة على غير مال فأشبه الشركة في الاحتطاب.

قالوا: كل واحد منهما وكيل لصاحبه فصار كما لو قال اشتر بيني وبينك ثوباً.

قلنا: هناك نوى لنفسه ولشريكه وهاهنا اشترى في الذمة من غير نية فصار كالوكيل إذا اشترى من غير نية.

مسألة: إذا اشتركا بشركة فاسدة رجع كل واحد منهما بأجرة المثل.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع.

لنا: هو أنه عقد يبتغي منه الفضل والربح فوجب أجرة مثل العمل في الفاسد كالقراض ولأنه إنما بذل العمل لتسليم ما شرط له من الشروط الفاسدة فإذا لم يسلم له رجع إلى بدل عمله كما لو أجر نفسه بخمر أو خنزير.

قالوا: شركة فلا يجب فيها بدل العمل كالشركة الصحيحة.

قلنا: في الأصل رضي ببذل النماء من غير عوض وهاهنا لم يرض إلا بعوض فإذا لم يسلم له رجع ببدل العمل ولهذا في المضاربة الصحيحة لا يرجع ببدل العمل إذا لم يكن ربح وفي الفاسدة يرجع.

مسائل القراض

مسألة: إذا دفع إليه ثوباً وقال بعه فإذا نضَّ قارضتك عليه لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أنه عقد لا يجوز على مال مجهول فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

قالوا: يجوز على عوض مجهول فأشبه الطلاق والعتاق.

قلنا: يبطل بالنكاح والمعنى في الأصل أنه يجوز مع جهالة لا تدعو إليها الحاجة هاهنا لا يجوز مع جهالة تدعو إليها الحاجة فهي كالبيع يجوز مع الجهل بأساس الحيطان ثم لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل.

---

(١) الإفصاح (٢/٤)، روضة الطالبين (٤/٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٨٠)، الأم (٤/٢٠٦).

(٢) الإفصاح (٢/٤)، بدائع الصنائع (٦/٥٧).

مسألة: إذا شرط أن لا يشتري إلا من فلان أو سلعة بعينها لم تصح المضاربة.

وقال أبو حنيفة: تصح.

لنا: هو أنه شرط يمنع مقصود القراض فأشبه إذا شرط أن لا يبيع إلا بما يشتري أو لا يبيع ولا يشتري إلا من واحد.

قالوا: أذن في التجارة تجوز في نوع فجاز في سلعة بعينها كالوكالة.

قلنا: السلم يجوز في نوع ولا يجوز في ثمرة بعينها ولأن النوع يعم فيحصل به المقصود وسلعة بعينها لا يحصل بها المقصود لأنه ربما يغالي في ثمنها ولا تباع وفي الوكالة القصد تحصيل مراد الموكل والقصد هاهنا الاشتراك في الربح ولهذا لو وكل في الشراء دون البيع أو في البيع بالثمن الذي اشتراه جاز ولا يجوز هاهنا.

مسألة: إذا شرط في القراض جميع الربح لنفسه أو لعامل بطل.

وقال أبو حنيفة: إن شرط لنفسه فهو بضاعة وإن شرط للعامل فهو قرض.

لنا: أنه صرح بعقد وشرط فيه خلاف ما يقتضيه فلا ينعقد به عقد آخر كما لو باع بلا ثمن لا ينعقد هبة أو أجر بلا أجرة لا ينعقد عارية.

قالوا: الحكم يتعلق بمعاني القول لا بالألفاظ كما لو قال لعبده بعتك نفسك بألف فإنه يكون عتقاً وإن صرح بالبيع.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه والمعنى في العتق أنه يصح بلفظ البيع والقرض لا يصح بلفظ القراض.

مسألة: نفقة العامل في السفر من ماله في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: من مال القراض.

لنا: هو أنه نفقة على نفسه فلم يكن على رب المال كنفقة الحضر ولأن كل مؤنة لا تلزمه في الحضر لم تلزمه في السفر كثمن الطبيب وأجرة الطبيب ولأنه عقد لا يوجب التوارث فلا يوجب الإنفاق كالإجارة.

قالوا: مؤنة لأجل المضاربة فأشبه أجرة الكيال والوزان.

قلنا: ذاك على المال فكانت على المالك وهذه على نفسه فكان في ماله.

قالوا: شرط بنفسه الربح ليسلم له فإذا جعلنا نفقة السفر الذي تكفله لأجل المال عليه لم يسلم له الربح.

قلنا: يبطل بنفقته في الحضر ثم هذا يعارضه أن رب المال إنما قصد أن يسلم له الربح فإذا جعلنا ربح النفقة عليه ربما أتت على الربح وقد تزيد فيأخذ من رأس المال.

قالوا: نفقة في السفر من المال متعارف فصار كالمشروط.

قلنا: المتعارف أن ينفق ويحتسب من حصته.

قالوا: الربح في مقابلة التجارة والنفقة لتسليم نفسه كالمهر في مقابلة الوطء والنفقة لتسليم النفس.

قلنا: فيجب أن يجيب ذلك في الحضر كما قلنا في نفقة المرأة ولأن النكاح آكد في البدل من المضاربة ولهذا يجب جميع البدل بالموت قبل التسليم ولا يجب في المضاربة ولأن النكاح أخذ شبهاً من النسب ألا ترى أنه يستحق به الميراث بخلاف المضاربة.

مسألة: إذا اشترى المضارب زوج صاحب المال لم يصح الشراء في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أنه عقد عليها فيه ضرر فلم يملكه المضارب كشراء من يعتق عليها.

قالوا: يصلح للبيع وطلب الربح فأشبه غيره.

قلنا: لا ضرر عليها في شراء غيره وفي شرائه ضرر ولأنه يسقط مهرها ونفقتها واستمتاعها والقصد بالمضاربة المنفعة لا المضرة.

مسألة: إذا فسخا وهناك دين وجب على المضارب اقتضاؤه.

وقال أبو حنيفة: إن لم يكن في المال ربح لم يجب.

لنا: هو أنه دين فوجب على العامل اقتضاؤه كما كان في المال ربح.

قالوا: ليس له عليه ولاية: فلا يجبره على اقتضاء دينه من غير عوض كالوكيل.

قلنا: الوكيل لا يلزمه بدل والعامل يلزمه مع الربح فلزمه من غير عوض.

مسائل المأذون

مسألة: العبد يملك إذا ملك في قوله القديم.

وقال أبو حنيفة: لا يملك.

لنا: ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**من أعتق عبداً وله مال فماله للعبد إلا أن يستثنيه السيد**»[1] ولأنه آدمي حي فجاز أن يملك المال كالحر ولأنه أحد سببي إباحة الوطء فملك به العبد كالنكاح أو من ملك البضع ملك المال كالحر ولأنه يملك البضع فملك البدل عنه في الخلع كالحر فإن قيل البضع تدعو الحاجة إلى ملكه لأنه لا يستباح

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٣٣/٤)، وابن ماجة (٨٤٥/٢) ح (٢٥٢٩).

بالإباحة ولا حاجة إلى ملك المال لأن مقصوده يستباح بالإباحة.

قيل: لو كان للحاجة لوجب أن لا يملك من لا حاجة له ولوجب أن يستبيح ولا يأخذ عليه العوض كالميتة ومال الغير عند الاضطرار فإن احتجوا بقوله عز وجل ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ (النحل: من الآية٧٥).

قلنا: إنما ضرب بعبد لا يملك ولهذا نكره فلا يقتضي جميع العبيد فإن احتجوا بقوله ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلاً مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾ (الروم: من الآية٢٨).

قيل: المشاركة المساواة ونحن لا نُسوِّي بينهما فإن أحدهما يملك بنفسه ملكاً تاماً والآخر لا يملكه بنفسه ثم يملك ملكا غير تام ثم هو حجة لنا لأنه جعلنا معه سبحانه وتعالى كالعبيد معنا ثم يملك ما يملكنا فيجب أن يملك العبيد ما يملكهم.

قالوا: لو ملك بالإرث أقوى جهات الملك.

قلنا: يبطل بالمكاتب والمرتد والكافر من المسلم فإنهم يملكون ثم لا يملكون بالإرث.

قالوا: مملوك فلا يملك كالبهيمة.

قلنا: الحر مملوك لله تعالى ثم يملك والأجير مملوك المنافع ثم يملك المنافع.

قالوا: من ملك لا يملك مثله كالحر لا يملك الحر.

قلنا: يبطل بالمكاتب.

قالوا: لو ملك لملك الهبة كالحر.

قلنا: المريض يملك ولا يملك الهبة.

قالوا: لو ملك لما انتزع منه.

قلنا: المشتري يملك الشقص وينتزع منه والحربي يملك وينتزع منه.

قالوا: لو لم يناف الرق الملك لما قطع استدامته.

قلنا: الردة تقطع استدامة الملك عندهم ولا تنافيه.

قالوا: لو ملك العبد لاشترى مولاه العبد فيصير كل واحد منهما عبداً للآخر فيؤدي إلى تناقض الأحكام لأن كل واحد منهما يقتضي من الآخر حكم الملك من الاستخدام والإنفاق.

قلنا: إذا اشترى مولاه بطل ملك مولاه عليه وصار هو مكان مولاه وصار مولاه

مكانه فلا يؤدي إلى التناقض ثم إن كان للتناقض وجب أن يبطل ما يفضي إلى التناقض ولا يبطل ما سواه كما إذا استأجر رجلاً للخدمة ثم استأجر الأجير مستأجره للخدمة بطل الثاني لأنه يؤدي إلى التناقض ولا يبطل ما سواه من الإجارات.

مسألة: لا يجوز للمأذون اتخاذ الدعوة وإعارة الدواب.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه تبرع فلا يملك بغير إذن المولى كهبة الدراهم والدنانير.

قالوا: روى إبراهيم أن النبي ﷺ كان يركب الحمار ويجيب دعوة العبد.

قلنا: هو من حل ثم هو يضمن إذا أذن له في التجارة وممن نضمن إذاً لأن له في الدعوة.

قالوا: قد جرت العادة به هو كالكسرة تتصدق بها الزوجة من بيت الزوج.

قلنا: عادة الجهال لا يثبت بها الشرع وأما الزوجة فلا يجوز لها أن تتصدق بشيء من ماله بغير إذنه.

مسألة: إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لم يصر مأذوناً.

وقال أبو حنيفة: يصير مأذوناً.

لنا: هو أنه عقد فلم يكن سكوت المولى عنه إذ ناله فيه كالنكاح ولأنه تصرف يملك عزله عنه فلم يصر مأذوناً له بالسكوت عنه كتصرف الوكيل ولأنه لو كان ذلك إذناً لصح العقد المسكوت عنه ولأنه لو قال أتجر أولاً فسكت لم يصر مأذوناً فكذلك إذا رآه يتجر.

قالوا: تصرفه في حق نفسه وإنما تعلق به حق الغير فسقط بالسكوت كالرد بالعيب والشفعة والدليل على الوصف أنه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان تصرفه للمولى لرجع عليه كالوكيل والمضارب.

قلنا: بل تصرفه لمولاه لأنه عبد لا يملك شيئاً ولأنه ما يشتريه بدل ما دفع إليه المولى فكان له، ولأنه لو اشترى من يعتق على مولاه لم يصح عندنا وعندهم يدخل في ملك المولى ويعتق عليه وإنما لا يرجع عليه لأنه جعل قضاء ديونه مما يتجر فيه والوكيل يرجع لأنه لم يأذن له في التجارة وإنما أذن له في الشراء دون البيع والمضارب إذا هلك في يده صار ما اشتراه لنفسه ولزمه الثمن فلم يرجع به في أحد الوجهين ثم يبطل بالراهن فإن تصرفه لنفسه وإنما تعلق به حق المرتهن ثم لا يكفي السكوت والرد بالعيب والشفعة حق على الفور فسقط بترك المطالبة وهذا توكيل في التصرف ولهذا يعمل فيه النهي فلم يصح

بالسكوت ولأن السكوت في الأصل يعمل فيما سكت عنه وهاهنا لا يعمل فيما سكت عنه من العقد.

قالوا: رأى ماله يتناول ما لم يرض مالكه به بغير عوض فإذا لم يزجره وجب عليه ضمانه كما لو رأى دابته تأكل زرع غيره.

قلنا: يبطل بمن رأى عبده يتزوج ولم يزجره فإنه لا يلزمه المهر ثم الزرع يلزمه ضمان ما سكت عنه وهاهنا لا يلزمه ضمان ما سكت عنه.

مسألة: إذا أذن له في التجارة في نوع لم يصر مأذوناً في غيره.

وقال أبو حنيفة: يصير.

لنا: أنه استفاد التجارة بالإذن فلم يصر بالإذن الخاص مأذوناً في التجارة فيما لم يؤذن فيه كالوكيل والمضارب ولا عقد له يتناوله الإذن فلا يملكه من جهة الإذن كالنكاح والكتابة ولأنه عقد ليس بمأذون فيه ولا من مصلحة المأذون فلم يملكه كما لو أذن له شراء الخبز أو ثوب بقطعة.

قالوا: اشترى لنفسه وإنما للمولى حق الحجر فإذا أذن زال الحجر وانطلق في التصرف كالصبي إذا بلغ والبالغ إذا أذن للمشتري والشفيع إذا أذن للمشتري.

قلنا: بل تصرفه لمولاه ويخالف ما قاسوا عليه فإن الملك لهم وإنما منعوا لحق الغير فإذا زال الحق ملكوا التصرف بحق الملك ولهذا يملكون جميع التصرفات وهاهنا لا يملك النكاح ولا الكتابة ولا الصلح عن دم العمد ولأن هناك لا يعمل النهي بعد ذلك وهاهنا يعمل النهي فيه فدل أنه توكيل.

قالوا: إذا أذن في شراء البُر تناول الشراء بالأثمان والمكيل والموزون فكان الإذن فيه إذناً في تحصل هذه الاعواض كالإذن في النكاح إذن في اكتساب المهر والنفقة.

قلنا: لا نسلم بل الإذن في الشراء يقتضي المشترى بالأثمان ويخالف المهر والنفقة فإن ذاك من ضرورة النكاح ومصلحته فدخل في الأمر فيه.

مسألة: لا يجوز للمأذون أن يؤجر نفسه.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه عقد على منفعته فلا يملكه بالإذن في التجارة كالنكاح ولأنّه معاوضة فتعلق نفسه فأشبه ببيع رقبته ولأن الإجارة ليست من التجارة ولهذا لا يسمى المكاري بأجرة فأشبه النكاح.

قالوا: يملك إجارة العبيد فملك إجارة نفسه كالحر والمكاتب.

قلنا: لا نسلم الوصف في أحد الوجهين ثم يملك بيع عبيده ولا يملك بيع نفسه.

مسألة: إذا اشترى من يعتق على مولاه لم يصح الشراء في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه يتصرف لغيره بإذن مطلق فلا يشتري من يعتق عليه كالمضارب.

قالوا: يتجر بإذن المولى فجاز له أن يشتري إماء مولاه كالمكاتب.

قلنا: ذاك يتصرف لنفسه ولهذا لا يدخل في ملك المولى وهذا بخلافه.

مسألة: إذا أبق المأذون لم يصير محجوراً.

وقال أبو حنيفة: يصير محجوراً.

لنا: أنه تصرف بملكه قبل الإباق فلا يسقط بالإباق كطلاق المرأة أو اكتساب المهر والنفقة.

قالوا: معنى يزيل الولاية عنه في البيع والإجارة فأبطل الإذن كالبيع والموت.

قلنا: لا يزيل الولاية ألا ترى أنه يملك عتقه وبيعه وإجارته ممن يقدر عليه ويملك عندهم أن يهبه من ابنه والمعنى في الأصل أنه يزيل الملك وهذا بخلافه.

قالوا: لا يقدر على إيفاء ديونه من كسبه فأشبه إذا باعه.

قلنا: يقدر بالتوصل فهو كالغائب بإذنه بخلافه ما إذا باعه فإنه لا يقدر بالتوصل.

مسألة: لا يباع المأذون في دين التجارة.

وقال أبو حنيفة: يباع.

لنا: هو أنه دين لزمه برضا من له الحق فلم يتعلق برقبته كما لو استقرض وهو محجور عليه ولأن رقبته لم يتناولها الإذن في التجارة بدليل أنه لا يملك بيعها فلم يبع في الدين كسائر أموال المولى.

قالوا: مال وجب عليه بعقد مأذون فيه فلا يضيع في حال الرق كالمهر والنفقة.

قلنا: المهر والنفقة لا يمكن إيفاؤهما من البضع ولا ينفك النكاح منهما فلزم المولى من كسب العبد أو كسبه والثمن يمكن إيفاؤه من عوض المبيع فلا يتعلق بما لم يأذن فيه.

قالوا: دين لأجنبي لزم العبد بسبب ثابت في حق ولاه فتعلق برقبته كضمان المتلف ودين المرتهن.

قلنا: ضمان المتلف يتعلق برقبته في حال الحجر ودين المعاملة لا يتعلق بهما ولأن المتلف عليه لم يرض بذمته وهاهنا رضي البائع بذمته فلم يتعلق برقبته ودين المرتهن علقه المولى على رقبته وهاهنا علقه على ما دفع إليه أو على عوض ما يشتري به ولهذا يجوز أن

يأذن لمن لا يجوز بيعه كأم الولد والمدبر ولا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه.

قالوا: دين يستوفي من كسبه فاستوفى من بدل نفسه كالحر.

قلنا: لأن الحر يملك كسبه وبدل نفسه والعبد لا يملك وإنما يملكه المولى والمولى أذن بقضاء الدين من مكسبه دون بدل نفسه.

مسائل الوكالة

مسألة: لا يجوز تعليق الوكالة على شرط في ظاهر المذهب.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه عقد للجهالة تأثير في إبطاله فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والدليل على الوصف أنه إذا وكله في شراء ثوب ولم يبين نوعه لم يصح.

قالوا: أذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط كالوصية والإمارة.

قلنا: ليس للجهالة تأثير في إبطال الوصية والإمارة بخلاف الوكالة.

قالوا: إذا جاز أن يعلق التصرف على شرط جاز أن يعلق العقد.

قلنا: يجوز أن يعلق التصرف في المستأجر على زمان مستقبل فلا يجوز أن يعلق العقد.

قالوا: لو لم تصح الوكالة لم يصح التصرف.

قلنا: لأن العقد وإن فسد فالإذن باق فصح التصرف لوجود الإذن كما يقول في الكتابة الفاسدة يعتق بها وإن كانت فاسدة.

مسألة: يجوز توكيل الحاضر من غير رضاء الخصم (١).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا لعذر (٢).

لنا: أن ما جاز التوكيل فيه لم يفتقد لزومه إلى رضاء الخصم كالتوكيل في استيفاء الدين ولأنه توكيل لا يعتبر في لزومه رضاء الخصم في حال الغيبة فلم يعتبر في حال الحضور كتوكيل المريض والمخدرة.

قالوا: الجواب حق عليه وبين الناس فيه تفاوت ولهذا قال ﷺ: «**ولعل بعضكم ألحن**

(١) الإفــصاح (٩/٢)، ووافــق الشافعية مالك وأحمد. انظر: الكافي لابن قدامة (٧٨٧/٢)، روضة الطالبين (٢٩٤/٤)، المغني لابن قدامة (٢٠٤/٥)، الكافي لابن قدامة (١٣٦/٢).

(٢) الإفصاح (٩/٢)، انظر: الهداية (١٥٣/٣).

بحجته من بعض»[1] فربما وكل عليه من يظلمه فلم يجز من غير رضاء الخصم كالحوالة.

قلنا: لو كان هذا صحيحاً لوجب أن لا يجوز مع العذر أيضاً كالحوالة ولأن الخصم يمكنه أن يدفع ظلم الوكيل بوكيل مثله ويخالف الحوالة فإنه ربما لم يكن المحال عليه كالمحيل في إيفاء الدين وهاهنا الوكيل كالموكل في الدعوى والجواب.

قالوا: الموكل أقرب إلى فضل الحكومة من الوكيل لأنه يقر ويحلف وإذا أمكن الفصل بأقرب الوجهين لم يعدل إلى أبعدهما من غير عذر كما نقول في الشهادة على الشهادة.

قلنا: يبطل به إذا رضي الخصم ثم الشهادة على الشهادة بدل فلا يجوز مع القدر على الأصل والوكيل ليس ببدل ولهذا لو رضي الخصم جاز فصار كشهادة الرجل والمرأتين مكان الرجلين.

قالوا: في هذا ترك للتسوية بين الخصمين فإن أحدهما مرفه في البيت والآخر متبذل في مجلس الحكم.

قلنا: للآخر أيضا أن يوكل فلا يتبذل.

مسألة: يصح عزل الوكيل وإن لم يصلحه في أحد القولين [2].

وقال أبو حنيفة: لا يصح [3].

لنا: هو أنه من لا يعتبر رضاه في رفع عقد لم يعتبر علمه كالمرأة في الطلاق ولأنه عزله عن التصرف فلم ينفذ تصرفه كما لو علم به.

قالوا: أمر ونهى فاعتبر فيه علم المأمور والمنهي كأمر صاحب الشرع.

قلنا: في الأصل وجهان ثم ذاك يقتضي الثواب والعقاب فاقتضى العلم وهذا يقتضي التصرف فلم يقتضِ العلم ولأن الإباحة في حق الله تعالى لا تثبت من غير علم وثبت في حق الآدمي وهو إذا باع طعامه أو ركوب دابته أو التصرف في ماله بعد وفاته وهو لا يعلم.

قالوا: أحد موجبي الوكالة فلم يرتفع قبل العلم كالأمانة.

قلنا: الأمانة تتعلق بترك العدوان فلم يعمل فيه العزل والتصرف يتعلق بالإذن وقد زال الإذن ولهذا لا ترتفع الأمانة وإن علم ما لم يفرط والتصرف يرتفع.

---

(١) أخرجه البخاري (٩٥٢/٢) ح (٢٥٣٤)، ومسلم (١٣٣٧/٣) ح (١٧١٣).

(٢) الإفصاح (٩/٢)، انظر: روضة الطالبين (٣٣٠/٤).

(٣) الإفصاح (٩/٢)، الهداية (١٧٠/٣).

مسألة: لا يصح إقرار الوكيل في الخصومة على الموكل [١].

وقال أبو حنيفة: يصح في مجلس الحكم [٢].

لنا: أن ما لا يقبل إقراره في غير مجلس الحكم لم يقبل في مجلس الحكم كالوكيل في القصاص كما لو نهاه عن الإقرار ولأنه معنى يقطع الخصومة فلا يملكه بالتوكيل في الخصومة كالإبراء والصلح ولأن من لا يصح بيمينه إذا جحد لم يصح إقراره كالوصي ولا يلزم إذا أذن له في الإقرار لا يصح في أحد الوجهين.

قالوا: في موجب الخصومة بدليل أن الحاكم ما تقول له فيما تدعي على موكلك فهو كالإنكار.

قلنا: لا نسلم بل ينافي الخصومة وإنما يسأله ليرتب على إنكاره سماع البينة أو المطالبة بيمين الموكل كما يسأل الوكيل في القصاص وإذا نهاه عن الإقرار وإن لم يملك ويخالف الإنكار فإنه يوافق ما وكله فيه ولهذا ملكه الوكيل في القصاص والقذف ولا يملك الإقرار.

قالوا: من ملك قبض الشيء ملك الإقرار به كالموكل.

قلنا: الوكيل في الخصومة لا يملك القبض وفي الوكيل في البيع قولان ثم يبطل بالوصي وأما الموكل فإنه يتصرف في حق نفسه وهذا يتصرف بالإذن والإذن لم يتناول الإقرار ولهذا يملك الموكل الإقرار في غير مجلس الحكم ولا يملكه الوكيل.

مسألة: يجوز التوكيل في استيفاء القصاص في غيبة الموكل على الصحيح من المذهب[٣].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [٤].

لنا: هو أنه حق يجوز للوكيل استيفاؤه بحضرة الموكل فجاز له استيفاؤه في غيبته كسائر الحقوق ولا يلزم عوض الصرف لأن بالغيبة يبطل الحق.

قالوا: إذا وقع لا يمكن استدراكه وربما عفا الموكل وهو لا يعلم فيستوفي قصاصاً قد سقط.

---

(١) الإفصاح (٢/١٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المرجع السابق.

(٢) الإفصاح (٢/١٠)، انظر: الهداية (٣/١٦٧، ١٦٨)، الفتاوي الهندية (٣/٦١٧).

(٣) الإفصاح (٢/١٠)، ووافق الشافعية مالك. انظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٠٧)، روضة الطالبين (٤/٣٢٢).

(٤) الإفصاح (٢/١٠)، انظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٠٨).

قلنا: إلا أن الأصل بقاؤه ثم لو صح هذا لوجب أن لا يستوفي الوارث لجواز أن يكون قد عفا عنه الموروث ولوجب أن لا يستوفي الحاكم في غيبة الشهود لجواز أن يكونوا قد رجعوا عن الشهادة وأن لا يجوز للنائب عن الإمام أن يستوفي لجواز أن يكون قد تغير اجتهاده وأن لا يجوز لعمال النبي ﷺ أن يستوفوا لجواز أن يكون قد نسخ ولوجب أن لا يجوز للولي الحاضر تزويج المنكوحة لجواز أن يكون قد زوجها الولي الغائب.

مسألة: لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل.

وقال أبو حنيفة: يجوز بما عز وهان.

لنا: أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فلم يجز بالغبن الفاحش كالشراء فإن قبل الثمن في الشراء لم يتناوله الإذن بلفظه فلم يكن حمله على العموم كالمضمرات والذي تناوله الأذن ملك الغير وهو لا يملكه.

قيل: يبطل به إذا قال زوجنى امرأة فإن الأمر يتناول مالا يملك والمهر غير ملفوظ به ثم يحمل أمره فيه على العموم.

فإن قيل الشراء متهم لأنه ربما يواضع البائع فيشتري منه ما يساوي مائة بألف ثم يصالحه منه على ثوب يساوي مائة ويرجع بالألف على الموكل ولا يمكن ذلك في البيع.

قيل: قد يواضع المشتري على شيء برشوة فيبيع منه ما يساوى ألفاً بمائة ولأنه يتصرف في حق الغير بتفويض مطلق فلا يملك بالغبن الفاحش كالوصي والقيم فإن قيل الشرع قيد تصرفهما بالأحسن فقال تعالى: ﴿**وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**﴾ (الأنعام: من الآية١٥٢).

قيل: الشرع قيد أيضاً تصرف الوكيل بالنظر والاحتياط فقال ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(١)]، وقال: «**رأس الدين النصيحة**»[(٢)] المتعارف كالمنطوق به والدليل عليه نقد

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/٦٦) ح (٢٣٤٥)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. والبيهقي في الكبرى (١٠/١٣٣)، والدارقطني في سننه (٣/٧٧)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٢٤)، والإمام مالك في موطئه (٢/٧٤٥) ح (١٤٢٩)، والإمام أحمد في مسنده (١/٣١٣) ح (٢٨٦٧).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٢/٤٢) ح (١١٧٤)، والروياني في مسنده (١/٤٣٠) ح (٦٥٧)، وابن أبي عاصم في السنة (٢/٥٢١) ح (١٠٩٥)، قال ابن أبي حاتم: قال أبي: هذا حديث منكر. انظر/ علل ابن أبي حاتم (٢/١٧٦).

البلد والمتعارف أن لا تباع السلعة إلا بثمنها فصار كما لو قال بع بثمنها ولأنه لا يملك عندهم بيعه من ولده ولا مكاتبه خوفاً من محاباة متوهمة فلأن لا يملك محاباة متحققة أولى.

قالوا: أمر عام فيما يملكه فحمل على العموم كقول صاحب الشرع.

قلنا: يبطل به إذا باع من ابنه ومكاتبه ولأنه وإن كان عاماً إلا أنه يختص بالعرف ولهذا لو قال بع بألف حمل على نقد البلد ولهذا قالوا: إذا قال اشتر بدرهم طعاماً حمل على الخبز ولو قال بعشرة طعاماً حمل على الدقيق وإذا قال في الشتاء اشتر لي جبة لم يجز أن يشتريها في الصيف.

قالوا: أقامه مقام نفسه فباع بما يبيع به.

قلنا: يبطل به إذا باع من ابنه أو مكاتبه.

قالوا: قد يباع الشيء للثمن وقد يباع للخلاص منه ولهذا قال ﷺ «**إذا زنت أمة أحدكم فليبعها ولو بضفير**»[1] ومن يريد الثمن فإنه يبين فلما أطلق دل على أنه لم يرد الثمن.

قلنا: إلا أن لا يباع إلا للثمن وإنما لم يبين مقدار الثمن اعتماداً على العرف فوجب أن يحمل على العرف ثم هذا يبطل بالشراء.

مسألة: لا يجوز للوكيل أن يبيع بثمن مؤجل.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه توكيل مطلق في أحد شطري البيع فلم يملك به التأجيل كالشراء، ولأن المتعارف في البيع الحلول والتأجيل إنما يكون لكساد أو فساد والمتعارف كالمشروط كما لو قال بع حالاً.

قالوا: مدة ملحقة بالبيع فملك شرطها كالخيار.

قلنا: في أحد الوجهين شرط الخيار للمشتري وإن سلم فلأنه لا ضرر في الخيار وفي الأجل ضرر لأنه سلم المبيع من غير ثمن.

مسألة: لا يجوز للوكيل أن يبيع بغير نقد البلد.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: إن عدل عن نقد البلد بتوكيل مطلق في البيع فأشبه إذا استأجر به ولأن المتعارف

---

(١) أخرجه البخاري (٢/٧٥٦) ح (٢٠٤٦)، ومسلم (٣/١٣٢٩) ح (١٧٠٣).

في البيع هو النقد والمتعارف كالمشروط كما لو قال بع بالنقد ولأنه لم ينص له على غير النقد فلم يملك البيع به كما لو قال بع لأقضي ديني.

قالوا: من جاز أن يبيع بنقد البلد جاز أن يبيع بغيره كالوصي.

قلنا: يبطل به إذا نص له على نقد البلد ثم الوصي يملك أن يستأجر به ولا يملك الوكيل.

مسألة: إذا وكله في بيع عبد فباع نصفه لم يصح البيع.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه توكيل في أحد شطري البيع في عبد فلم يملك في نصفه كما لو وكله في شراء عبد.

قالوا: أدخل عليه الضرر فيما أبقى في ملكه فأشبه إذا وكله في بيع عبدين فباع أحدهما وجنى على الآخر.

قلنا: هناك لم يضر به بالعقد وهاهنا أضر به بالعقد والمأذون فيه عقد من غير إضرار.

مسألة: إذا وكله في البيع فباع من ابنه أو مكاتبه جاز في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

وروي عنه أنه قال يجوز أن يبيع منه بثمن المثل.

لنا: أنه ملك البيع بتفويض مطلق فملك البيع من ابنه كالوصي ولأن من جاز له أن يبيع منه إذا نص عليه الموكل جاز بمطلق الوكالة كالأخ.

قالوا: ربما أقرَّ باستيفاء الثمن فيبطل حق الموكل.

قلنا: إذا لم يجعل إليه استيفاء الثمن لم يملك الإقرار.

قالوا: ابنه بمنزلة نفسه ولهذا لا تقبل شهادته له وتصير جاريته بالاستيلاد أمَّ ولد فصار كما لو باع من نفسه.

قلنا: الأدلة في هذه متعارضة فإنه في كثير من الأحكام ليس كنفسه، ألا ترى أنه يبيع منه ماله ويستحق عليه الحقوق فهو كالأجنبي ولأنه يبطل به إذا نص عليه.

مسألة: إذا وكل في شراء عبد فاشترى عبداً أعمى لم يصح الشراء للموكل.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أن إطلاق البيع يقتضي سلامة البيع ولهذا إذا خرج معيباً ثبت له الخيار وإذا ثبت هذا قلنا: عدل عما يقتضيه إطلاق الأمر فأشبه إذا قال اشتر لي عبداً فاشترى أمة.

قالوا: الأمر عام قلنا إلا أن العرف يخصه فحمل على ما يقتضيه العرف.

مسألة: إذا وكل في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين بدينار كان الجميع للموكل في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: إحداهما للوكيل بنصف دينار.

لنا: أن النبي ﷺ دفع إلى عُروة البارقي ديناراً وقال: «**رأيت الجلب فاشتر لنا شاة**» فاشتريت شاتين بدينار فلقيني رجل في الطريق فساومني فابتعته شاة بدينار وجئت بالدينار وبالشاة فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم وحدثته الحديث فقال: «**اللهم بارك في صفقة يمينه**»(١) ولأنه أتى بالمأمور وزاد من جنسه زيادة منفعة فأشبه إذا قال بع هذا بألف فباع بألفين أو قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاة تسوى دينارين بدينار.

قالوا: الزيادة لم يتناولها الإذن فصار كما لو قال اشتر لي عبداً فاشترى أمة.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه.

قالوا: لم يرض إلا بعهده شاة فلم يلزمه ما زاد.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه.

مسألة: إذا وكله في بيع فاسد فباع بيعاً صحيحاً لم يجز.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه توكيل في بيع فاسد فلا يملك بيعاً صحيحاً كما لو وكله في الشراء بالخمر فاشترى بالدراهم ولأنه لو أمره بصحيح لم يملك بيعاً فاسداً فكذلك إذا أمره بالفاسد لم يملك بيعاً صحيحاً.

قالوا: أمره ببيع يوجب الملك ولم يشترط شرطاً يمنع الملك وباع بيعاً صحيحاً ولم يخالفه في جنس الثمن فأشبه إذا أمره ببيع صحيح.

قلنا: لا نسلم أن الفاسد يوجب الملك ولأنه وإن لم يخالفه في جنس الثمن إلا أنه خالفه في صفة العقد فصار كما لو خالفه في جنس الثمن.

مسألة: إذا أبرأ الوكيل المشتري من الثمن لم يبرأ.

وقال أبو حنيفة: يبرأ ويضمن مثله للموكل.

لنا: أنه من لا يملك الهبة بعد القبض لم يملك الإبراء قبل القبض كالأب والوصي

---

(١) أخرجه الضياء في المختارة (١٦٢/٩)، والبيهقي في الكبرى (١١٢/٦) ح (١١٣٩٧)، والدارقطني في سننه (١٠/٣) ح (١١٣٩٧)، والنسائي في الكبرى (٤٨/٥) ح (٨١٦٠)، والإمام أحمد في مسنده (٢٠٤/١) ح (١٧٥٠).

والعبد المأذون والوكيل في النكاح ولأنه أبرأ من دين غيره فلم يجز من غير إذنه كالإبراء من سائر ديونه والدليل على أنه للموكل أنه ينفذ فيه إبراؤه ويملك أن يشتري له من المشتري ما شاء ويجب عليه زكاته ولأنه لو ملك الإبراء لما لزمه أن يغرم.

قالوا: ليس في الدين أكثر من حق المطالبة وذلك للوكيل لأنه من حقوق العقد وهو يملك إسقاط حقه فملك إسقاطه كسائر ديونه.

قلنا: فيه أكثر من حق المطالبة وهو المال الذي يملكه أخذ العوض عنه ثم يبطل بالعبد المأذون فإن المطالبة له ويملك إسقاط حقه من البضع بالطلاق ولا يملك الإبراء.

مسألة: يجوز للموكل مطالبة المشتري بالثمن.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: هو أنه حق للموكل يجوز لوكيله المطالبة به فجاز له المطالبة به كمهر أمته وسائر ديونه.

قالوا: من حقوق العقد فاختص الوكيل كقبض عوض الصرف.

قلنا: لا نسلم الأصل فإنه يجوز للموكل قبض عوض الصرف في مجلس الوكيل ثم ذاك من شروط العقد فهو كالشهادة في النكاح وهذا من حقوق الملك هو كالمهر في النكاح.

مسألة: الملك في الشراء ينتقل إلى الموكل دون الوكيل.

وقال أبو حنيفة: ينتقل إلى الوكيل ثم إلى الموكل.

لنا: أن من عقد لغيره عقداً وصح له وقع الملك لمن عقد له بنفس العقد كالولي والحاكم والوكيل في البيع والنكاح ولأنه لو اشترى أباه لم يعتق عليه فدل على أنه لم يملكه ولأنه لو وقع له لم ينتقل إلا بسبب حادث.

قالوا: لو لم يقع الملك له لما وقع إذا خالف كالوكيل في النكاح.

قلنا: يبطل بالحاكم وبالأب ويخالف النكاح فإن أعيان الزوجين فيه مقصودة فلم يحتمل النقل بالمخالفة وأعيان المتبايعين غير مقصودة فانتقل إلى الوكيل بالمخالفة.

مسألة: إذا وكل المسلم ذمياً في شراء الخمر أو الخنزير فاشتراه لم يملك.

وقال أبو حنيفة: يملكه.

لنا: أن ما لا يملكه المسلم بعقده لم يملكه إذا وكل فيه كافر كالميتة ونكاح المجوسية.

قالوا: وكله في عقد هو من أهله والموكل من أهل التوكيل فأشبه الغائب إذا وكل حاضرا في الصرف والأعمى إذا وكل بصيراً في الشراء.

قلنا: إن كان الوكيل من أهل العقد إلا أن الموكل ليس من أهل الملك والاعتبار بمن

يقع له الملك ويخالف ما قاسوا عليه فإن الحضور والبصر من شروط العقد فاعتبر بالعاقد كالشهادة في النكاح وهذا من أحكام الملك فاعتبر من يقع له الملك كنكاح المجوسية.

مسألة: إذا وكل اثنين في طلاق امرأته لم يجز لأحدهما أن يطلق.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه تصرف فوضه إلى اثنين فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به كما لو وكلهما في بيع سلعة.

قالوا: لا غرض في الاجتماع على الطلاق فجاز أن ينفرد به أحدهما.

قلنا: لو كان كذلك لوجب إذا وكل رجلاً في طلاق امرأته أن يجوز لمن يوكل أن يطلق ولوجب إذا وكل اثنين في بيع سلعة بثمن معين أن يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد به.

مسألة: إذا باع الوكيل السلعة وقبض الثمن وهلك في يده واستحق المبيع رجع المشترى بالعهدة على الموكل.

وقال أبو حنيفة: يرجع على الوكيل.

لنا: هو أنه نائب عن غيره في العقد فلا يرجع عليه بالعهدة كالحاكم وأمين الحاكم.

قالوا:من حقوق العقد فكان على الوكيل كتسليم المبيع.

قلنا: تسليم المبيع يجب على الولي والحاكم ولا يرجع عليه بالعهدة.

مسألة: إذا كان عنده دين أو عين لإنسان فجاء رجل وقال: وكلني فلان في قبضه فصدقه لم يجبر على الدفع إليه.

وقال أبو حنيفة: يجبر في الدين وفي العين روايتان.

لنا: أنه دفع غير مبرئ فأشبه إذا جاء رجل فقال قد مات صاحب المال وأنا وصيه وهذا الصبي ولده.

قالوا: قوله لحق الاستيفاء فأشبه إذا قال أحالني عليك أو مات وأنا وارثه.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه، وفي الحوالة وجهان، وإن سلم فالمعنى فيه وفي الوارث أنه أقر له بحق الملك فلم يجز أن يحبس عنه ماله وهذا أقر له بحق النيابة فهو كالوصي الذي قسنا عليه.

مسائل الإجارات

مسألة: تجب الأجرة بنفس العقد [١].

وقال أبو حنيفة: لا تجب إلا يوماً بيوم [٢].

لنا: هو أنه عقد يجوز بشرط تعجيل البدل فيه فاقتضى إطلاقه التعجيل كالبيع والنكاح والخلع ولأن المنافع في الإجارة كالأعيان المقبوضة بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيها بعوض وغير عوض كما يملك المشتري ذلك في الأعيان وإذا أصدق امرأته سكنى دار وسلمها إليها وجب عليها تسليم نفسها كما يجب إذا أصدقها أعياناً وسلمها إليها ثم بدل الأعيان يجب بالعقد فكذلك بدل المنافع فإن قيل لو كان كالأعيان المقبوضة لوجب إذا هلك في يد المستأجر أن لا يسقط الأجرة كما لا يسقط الثمن إذا هلك المبيع في يد المشتري.

قيل: سقوط البدل لا يمنع حكم القبض كما نقول في المهر إذا ارتدت وطلقت وفي العبد المبيع إذا قتل بالردة فإن احتجوا بقوله ﷺ «**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف رشحه**» [٣].

قلنا: هو حجة لنا، لأنه يقتضي أنه إذا شرع العمل فعرق أن يدفع إليه جميع الأجر.

قالوا: أحد بدلي الإجارة فلم يملك بنفس العقد كالمنفعة والدليل على المنفعة أنها لم تخلق فلم تملك كالثمرة المعدومة.

قلنا: المنفعة تملك بالعقد إذا لو لم يملك لما جاز العقود عليها كالثمرة المعدومة ثم نقلب فنقول فوجب أن يمكن من التصرف فيه بمطلق العقد كالمنفعة.

قالوا: بدل لا يستحق في المجلس عن مبدل لا يتعجل فلا يتعجل كالعوض في القراض والجعالة والنفقة في النكاح والثمن في البيع بشرط الخيار.

---

(١) الإفصاح (٣٢/٢)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (١٧٤/٥)، المغني لابن قدامة (١٤/٦).

(٢) الإفصاح (٣٢/٢)، الهداية (٢٦١/٣)، الفتاوي الهندية (٤١٢/٤، ٤١٣).

(٣) أخرجه الضياء في المختارة (١٨٢/١-١٨٣) ح (٩٠)، والبيهقي في الكبرى (١٢٠/٦) ح (١١٤٣٤)، وابن ماجة (٨١٧/٢) ح (٢٤٤٣)، والطبراني في الصغير (٤٣/١) ح (٣٤)، والقضاعي في مسند الشهاب (٤٣٣/١) ح (٧٤٤)، وانظر/ التلخيص الحبير (٥٩/٣)، الدراية في تخريج الهداية (١٨٦/٢).

قلنا: يبطل بالمهر وبه إذا فرض شرط التعجيل وبه يخالف ما قاسوا عليه فإن هناك لو شرط التعجيل لم يتعجل وهاهنا يتعجل فهو كالثمن والمهر.

مسألة: لا يجوز فسخ الإجارة بالأعذار (١).

وقال أبو حنيفة: إذا اكترى دكاناً لبيع البز فاحترق البز أو جملاً ليحج فمرض جاز له الفسخ (٢).

لنا: هو أنه عقد لا يجوز فسخه من غير عذر فلا يجوز فسخه من غير عيب في المعقود عليه كالبيع ولأنه عذر لا يتضمن نقصاً بالمعقود عليه فلا يفسخ به الإجارة كالغبن ولأنه أحد المتكارين فلا يملك الفسخ بمرضه أو لإرادة الانتقال إلى بلد آخر كالمكري.

قالوا: عليه ضرر في المقام على الإجارة فثبت الفسخ كما لو ضرب عليه السن فاستأجر من يقلع فسكن الوجع أو استأجر داراً فانهدمت.

قلنا: يبطل به إذا غبن فيها والسن إذا سكن انفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فهو كما لو هلك المبيع والدار إذا انهدمت نقض المنافع المعقود عليها فهو كما لو غاب المبيع في يد البائع وهاهنا لم يتعذر الاستيفاء ولا حصل نقض وإنما حصل عذر في العاقد فهو كما لو اشترى جملا ليحج عليه ثم مرض أو بستاناً فعجز عن سقيه.

قالوا: البقاء على العقد أحد موجبي الإجارة فجاز مخالفته بعذر غير العيب كرفع اليد بعد المدة فإنه يجوز مخالفته بأن ينقضي المدة والزرع لم يستحصد بأجرة إلى الحصاد.

قلنا: يجوز أن يستحق ما لم يعقد عليه تبعاً للمعقود عليه للعذر ولا ينفسخ فيما عقد كالمشترى يستحق ما لم يعقد عليه وهو نصيب الشريك بالشفعة ثم لا يفسخ البيع في بعض ما عقد عليه للحاجة.

مسألة: لا تبطل الإجارة بالموت.

وقال أبو حنيفة: تبطل.

لنا: هو أنه ملك استوجبه بعقد ينتقل في حياته فلم يبطل بموته كالبيع ولا يلزم منفعة الوقف لأن الوقف ليس بعقد. ألا ترى أنه لا يفتقر إلى القبول ولا أم الولد لأنها تنتقل في

---

(١) الإفصاح (٢/٣٤)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٥١)، روضة الطالبين (٥/٢٣٩)، الكافي لابن قدامة (٢/١٧٧).

(٢) الإفصاح (٢/٣٤)، الهداية (٣/٢٨٠)،

حياته ولأنه حبس للاستيفاء ثبت له بعقد لازم فلا يبطل بموته كالرهن ولأنه عقد على منفعة عقداً لا يملك فسخه من غير عذر فلا يبطل بموته مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات ولا يلزم إذا أجر الوقف ومات لأن الموقوف عليه لا يؤجر الوقف في أصح الوجهين وإنما يؤجر القيم وبموته لا يبطل ثم ذاك لا يبطل بموته باستحقاق سابق للبطن الثاني ولهذا يجوز للبطن الثاني أن يخاصم في بينته ولأن زوال الملك في العين المستأجرة لا يبطل الإجارة كما لو عبده ثم أعتقه.

قالوا: عقد على المنفعة فانفسخ بموت المعقود له كالنكاح والعارية والقراض.

قلنا: يبطل به إذا زوج أمته ثم مات ثم إن النكاح لا يبطل بموت الزوجين بل ينتهي بالموت لأنه معقود إلى الموت فهو كالإجارة إذا انتهت ولهذا يتعلق به الميراث والعدة وجواز الغُسل ثم الزوجان معقود عليهما ولهذا يجب تعينهما فوزانه من الإجارة أن يؤجر نفسه ثم يموت والعاقد هاهنا غير معقود عليه فوزانه من النكاح أن يزوج أمته ثم يموت وأما العارية فهو إباحة ولهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه فهو كالطعام إذا أبيح له وهذا تمليك ولهذا يملك المستأجر أخذ العوض عنه فهو كالطعام المشترى ثم المعنى في العارية والقراض أنهما من العقود الجائزة وهذا من العقود اللازمة فهو كالبيع.

قالوا: ولأن المؤجر لا يملك ما يحدث بعد الموت فلا يستحق بإجارته كما لو أجر مال أجنبي المستأجر لا يملك عليه أجرة ما يحدث بعد الموت فلا يؤخذ من تركته ما لم يجب عليه في حياته.

قلنا: هذا يدل على أن المنفعة والأجرة لا يملكان إلا حالاً فحالاً وقد بينا أن الجميع يملك بنفس العقد ثم يبطل ما قالوا في موت المؤجر به إذا زوج أمته ثم مات وإذا أجر عبده ثم أعتقه وما قالوا في موت المستأجر يبطل به إذا حفر بئراً ثم وقع فيها بهيمة.

مسألة: إذا قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم لم تصح الإجارة في أصح القولين[١].

وقال أبو حنيفة: تصح في الشهر الأول [٢].

(١) الإفصاح (٢/٣٣)، ووافق الشافعية أحمد (في رواية) انظر: روضة الطالبين (٥/١٨٢)، الكافي لابن قدامة (٢/١٧٤، ١٧٥).

(٢) الإفصاح (٢/٣٣)، ووافق الأحناف مالك وأحمد (في الرواية الأخرى) انظر: الفتاوي الهندية (٤/ ٤١٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/٧٤٥)، الكافي لابن قدامة (٢/١٧٤).

لنا: أنه عقد الإجارة على مدة مجهولة فأشبه إذا قال أجرتك مدة بدرهم.

قالوا: الشهر الأول معلوم وأجرته معلومة فأشبه إذا قال أجرتك هذا الشهر بدرهم وما زاد لحسابه.

قلنا: هذه العلة موجودة في الشهر الثاني والثالث وسائر الشهور ثم لا تصح ولأن العقد لا يقع على الشهر الأول بل عقد على كل شهر وذلك حملة مجهولة فلم يصح ويخالف ما قاسوا عليه فإنه إذا أقره الأول بالعقد وعطف عليه عقداً على مجهول فصح المعلوم وبطل المجهول.

مسألة: إذا قال أجرتك هذه الدار شهراً لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح في شهر من حين العقد.

لنا: أن الشهر تقدير للمعقود عليه وليس يتعين كما لو قال بعتك عبداً.

قالوا: عقد على مدة مطلقة فاقتضاء المدة من حين العقد كالأجل في البيع.

قلنا: لأن القصد في الأجل الرفق بتأخير المطالبة فحمل على ما يعقد العقد وهاهنا القصد تقدير المعقود عليه فلم يتعين به.

مسألة: إذا عقد الإجارة على مدة مستقبلة لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أنه معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم فلم يصح كالبيع ولأنه عقد يتقسط العوض فيه على المعوض تناول معينا على صفة لا يمكن الشروع في قبضه عقيب العقد فبطل كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا يلزم نكاح الصغيرة لأنه لا يتقسط المهر على الوطئات ولأنا يفرض المسألة في من أجر من رجل شهراً ثم أجر شهراً بعده من آخر فنقول عقد يوجب العين للاستيفاء فلا يجتمع اثنان في حالة واحدة كالرهن.

قالوا: عقد على ما ليس بعين فجاز شرط تأخير التسليم كالسلم.

قلنا: وإن لم يكن عيناً إلا أنها كالعين بدليل أنه يبطل بهلاك العين كبيع العين ويجوز تأجيره مؤجله بخلاف السلم ثم تقلب فتقول فلا يجوز تأخير البدلين كالسلم ثم العقد هناك على دين فهو كالإجارة في الذمة وهذا عقد على معين فهو كبيع العين.

قالوا: لو عقد على شهرين جاز وإن كان الثاني متراخياً عن العقد فكذلك إذا أفرده.

قلنا: لا يمتنع أن يجوز العقد عليه مع غيره ولا يجوز مقراً كالمشاع في الرهن والأطراف مع الجملة ولأنه إذا عقد عليه مع الأول أمكن في الشروع في قبض المعقود

عليه عقيب العقد وإن تأخر بعضه عن بعض فهو كما لو باع صبرة مكايلة وإذا أفرده لم يمكن الشروع عقيب العقد في قبض المعقود عليه فهو كما لو باع طيرا في الهواء.

قالوا: ولأنا نفرض الكلام فيمن أجر شهراً ثم أجر من آخر شهرا فيقول عقد على المنفعة فجاز أن يعقد في وقت واحد لواحد بعد واحد كما لو وقف على بطن بعد بطن أو وصى لزيد بعد عمر.

قلنا: الوقف حجة لنا لأنه لو أفرد البطن الثاني لم يصح فليكن هاهنا كذلك ثم الوقف والوصية يصح تعليقهما على الصفات والإجارة لا يجوز تعليقها على الصفات.

مسألة: لا يجوز شرط الخيار في الإجارة (١).

وقال أبو حنيفة: يجوز (٢).

لنا: هو أنه عقد يقصد به المنفعة فأشبه النكاح ولأن مدة الخيار إن دخلت في العقد فقد عقد العقد على صفة لا يلزمه ضمان بعض المعقود عليه فلم يجر كما لو باع عبدين على أن يلزمه ثمن أحدهما وإن لم يدخل في العقد صار العقد مضافا إلى ما بعد المدة فلم يجز كإضافة البيع إلى ما يوجد.

قالوا: عقد مغابنة لا يعتبر فيه التقابض في المجلس فأشبه البيع.

قلنا: عندهم يجوز فيما ليس بمغابنة وهو الضمان فلم يؤثر الوصف ولأنا جعلنا البيع حجة لنا.

مسألة: يجوز إجارة المنفعة بالمنفعة.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بجنسها.

لنا: أنهما منفعتان يجوز إجارة كل واحد منهما فجاز أحدهما بالأخرى كما لو كانت من جنسين.

قالوا: معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد فلم يجز كما لو زوجه أمته على أن يزوجه ذاك أمته.

قلنا: إن لم يجعل بضع كل واحد منهما صداقاً للأخرى جاز لأنه شرط الصداق لغير المرأة وهاهنا شرط الأجرة لمالك المنفعة وإن جعل بضع كل واحد منهما صداقاً للأخرى

---

(١) الإفصاح (٢/٤٠)، المهذب (١/٤٠٠).

(٢) الإفصاح (٢/٤٠)، ووافق الأحناف مالك وأحمد. انظر: الهداية (٣/٢٨٠)، المدونة (٣/٤٧٢)، المغني (٤/٦٧).

لم يجز لأنه أشرك في البضع بين الزوجين وغيره.

قالوا: المدة في الإجارة نساء والنساء يحرم في الجنس الواحد.

قلنا: لا يجزه عندنا ثم المدة في الإجارة ليست بنساء وإنما هي تقدير المعقود عليه ولهذا ينقضي الحق بانقضائها والنساء ما يحل الحق بانقضائه ولأنه لو كان نساء لما جاز بأجرة مؤجلة ولوجب أن لا يجوز في الجنسين لأنه بيع نسيئة بنسيئة.

مسألة: يجوز للمستأجر أن يؤجر من المؤجر (١).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٢).

لنا: أن كل عقد صح مع الأجنبي صح مع العاقد كالبيع.

قالوا: عقد لا يزيل الملك عن العين فلا يملك به مثله مع مالكه كالعارية والمضاربة والرهن والبيع المشروط فيه الخيار.

قلنا: إلا أنه بمنزلة العقد المزيل للملك عن العين ولهذا يملك به العقد مع غير العاقد كما لو يملك في العقد على العين بخلاف ما قاسوا عليه.

قالوا: الإجارة تقتضي التسليم على الدوام فلو قلنا إنه يجوز مع العاقد صار هو المستحق للتسليم والمستحق عليه.

قلنا: لا يمتنع ذلك إذا أجر من غيره ولأنه إنما يمتنع ذلك بعقد واحد وهاهنا بعقدين ولأنه يبطل ببيع العقار من بائعه قبل القبض فإنه يستحق التسليم ويستحق عليه ثم يجوز عندهم.

مسألة: يجوز إجارة المستأجر بأكثر مما استأجر.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز فإن فعل تصدق بالفضل.

لنا: أن من ملك إكراء الدار لنفسه ملك إكراءها بالقليل والكثير كالمالك ولأن من ملك أن يكري برأس المال ملك أن يكري بأكثر منه كما لو أحدث فيه عمارة.

فإن قيل الزيادة في الأصل تجعل في مقابلة العمارة حتى لا يفسد العقد كما قلنا فيمن باع ديناراً ودرهماً بدينارين ودرهم.

قيل: إذا لم تساوِ العمارة الزيادة وجب أن لا يجوز كما قلتم فيمن اشترى عبداً

---

(١) الإفصاح (٣٧/٢، ٣٨)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٢٢٤/٥)، المغني (٥٢/٦).

(٢) الإفصاح (٣٧/٢، ٣٨).

يساوي عشرة بألف وباعه مع عبد يساوي عشرين من بائعه بألفين ولأنا بينا المنافع كالأعيان المقبوضة في جواز العقد عليها فكان الربح كالربح في الأعيان ولأنه لو لم يطلب الربح لما أمر بالتصدق به أو لا يتصدق الإنسان إلا بأطيب مال.

قالوا: المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر ولهذا إذا هلكت العين رجع بالأجرة فلا يطيب الربح كالمبيع قبل القبض.

قلنا: قد دخل في ضمانه من وجه وهو عند هلاكها مع بقاء العين فوجب أن يطيب له الربح كما قالوا: في العبد المرتد في يد المشتري ولأنه جعل كالداخل في ضمانه في جواز العقد فطاب الربح كالعقار عندهم ويخالف المبيع فإنه يمكن طلب الربح عليه بعد الدخول في ضمانه فلم يجز قبله والمنافع بخلافه.

مسألة: يجوز إجارة المشاع [1].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز من غير الشريك وفي الشريك روايتان أصحهما أنه يجوز[2].

لنا: أن كل عين جاز إجارتها مع غيرها جاز إجارتها منفردةً كالمقسوم ولأن كل عقد صح مع الشريك صح مع غيره كالبيع.

قالوا: عقد على المنفعة فأثرت فيه الإشاعة كالنكاح.

قلنا: لو كان كالنكاح لم يصح مع الشريك ولأن الاستمتاع لا يمكن في الملك المشاع والانتفاع يمكن في الملك المشاع.

قالوا: لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو في ملك المؤجر فلم يصح كما لو استأجر أرضاً لا تثبت للزراعة قلنا بل يمكن فإن العقد في المشاع يقتضي الاستيفاء على حسب العادة في المشاع إما بأن يسكنا أو يُكريا أو يكري عليهما به ويخالف الأرض فإنه لا يمكن زراعتها بحال ثم يبطل به إذا استأجر من رجلين داراً ثم قابل أحدهما في نصيبه فإنه يصح في أصح الروايتين مع وجود العلة.

مسألة: يجوز استئجار الشريك للعمل في حمل المشترك أو طحنه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أن كل منفعة جاز أن يستحق عوضها على الشريك في غير المشترك جاز في

---

(١) الإفصاح (٢/٣٤)، ووافق الشافعية مالك انظر: المدونة (٣/٤٤٧، ٤٤٨)، المهذب (١/٣٩٥).

(٢) الإفصاح (٢/٣٤)، الهداية (٣/٢٧٠).

المشترك كمنفعة الدار في ترك المال المشترك فيها.

قالوا: لا يمكن إيفاء المنفعة على ما اقتضاه العقد لأن حمل نصف طعام مشاع محال.

قلنا: ليس بمحال لأنه إذا حمل الجميع فقد حمل النصف المشاع ثم يبطل به إذا استأجر أحد الشريكين في العبد نصيب شريكه ليحفظ له اليوم وإن كان الحفاظ في نصفه مشاعاً محالاً.

مسألة: يجوز الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه منفعة يجوز الإجارة عليها إذا قدرت بزمان فجاز عقد الإجارة إذا كانت معلومة مقدورا على تسليمها كالخياطة والبناء ولا يلزم منفعة العقار لأنها لا تكون معلومة إلا بالزمان.

قالوا: العقد تناول منفعته بعينه وهو لا يقدر على تسليم ذلك لأنه يفتقر إلى غيره فصار كاستئجار الفحل للضراب والاستئجار على حمل خشبة ثقيلة بنفسه وصيد طائر بعينه.

قلنا: لا نسلم بل يقدر من طريق العادة ونجد من يساعده على البيع والشراء فصار كما لو استؤجر على نقل حجر البزارين فإنه يصح لأنه يجد من يساعده على نقله بخلاف الطائر والخشبة الثقيلة فإنه لا يقدر عليهما بنفسه وأما استئجار الفحل فإنه يجوز في قول أبي علي بن أبي هريرة وإن سلم فلأن القصد من ذاك غير المني وذلك لا قيمة له.

مسألة: يجوز استئجار الكتب.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: هو أنه منفعة يصح إعارتها فجازت إجارتها كمنفعة السكنى.

قالوا: استئجار للنظر والقراءة فأشبه استئجار الدراهم والحائط الذي عليه كتابة.

قلنا: يحتمل أن يجوز استئجار الدراهم لقراءة ما فيها والحائط الذي في الدار وإن كان خارج الدار فلأن ذلك مباح له من غير عقد وهذا محرم عليه من غير عقد فجاز العقد عليه.

مسألة: يجوز الاستئجار على التعليم.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه منفعة يجوز التطوع بها فجاز عقد الإجارة عليها كسائر المنافع فإن احتجوا

بقوله ﷺ «**اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تأكلوا به**»(١).

قلنا: تحمله على نهي الكراهة ثم يعارضه قول ﷺ «**إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله**»(٢).

قالوا: روي أن أبياً أخذ قوساً على القرآن فقال ﷺ «**أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار**»(٣).

قلنا: لعله أخذ في موضع تعين عليه أو أخذ قوساً فيه عاج.

قالوا: عمل لا يقدر على إبقائه فهو كما لو استأجره على حمل خشبة ثقيلة.

قلنا: يقدر عليه من طريق العادة.

قالوا: تعليم القرآن قربة فأشبه الصوم والصلاة.

قلنا: ذاك لا تعود منفعته إلى المعقود له فهو كالاستئجار على خياطة قميص الأجير وهذا يعود منفعته إليه فهو كالاستئجار على خياطة قميصه.

مسألة: يجوز استئجاره داراً ليتخذها مسجداً أو يصلي فيها (٤).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٥).

لنا: أنه منفعة يجوز إعارة الدار لها فجاز إجارة الدار لها كالسكنى.

قالوا: عمل لا يستحق بعقد الإجارة فلا يجوز استئجار الدار له كالزنا.

قلنا: لبس الثوب لا يستحق على الأجير بعقد الإجارة ثم يجوز استئجار الثوب للبس.

مسألة: يجوز استئجار الدراهم والدنانير في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: إذا استأجر ليزن به جاز وإن استأجر مطلقاً فهو قرض.

لنا: أن فيه منفعة تستحق بعقد الإجارة فإذا أطلق الإجارة حمل عليها كالدار.

قالوا: لا ينتفع به في الغالب إلا في الاستهلاك فحمل على ذلك.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢/١٦٨) ح (٧٧٤٢)، والطبراني في الأوسط (٥/٣٤٤) ح (٨٨٢٣).

(٢) أخرجه البخاري (٥/٢١٦٦) ح (٥٤٠٥).

(٣) لم أجده.

(٤) الإفصاح (٢/٣٩)، ووافق الشافعية أحمد ومالك انظر: حاشية الدسوقي (٤/١١)، المغني (٦/١٣٢).

(٥) الإفصاح (٢/٣٩)، الهداية (٣/١٦٩).

قلنا: إلا أنه صريح بالإجارة فسقط حكم الغالب كما لو صرح بغير نقد البلد.

مسألة: يجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: هو أنه منفعة يجوز بذلها من غير عوض فجاز بعوض كاستئجار البهيمة للحمل.

قالوا: بقعة لا تصلح للسكنى فأشبه إذا استأجر كوة يدخل منها الضوء.

قلنا: إلا أنه يصلح لمنفعة مقصودة كالسكنى والأصل يحتمل أن لا نسلم.

مسألة: يجوز الاستئجار على القصاص [1].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز في النفس [2].

لنا: أنه أحد نوعي القصاص فأشبه الطرف ولأنه حق يجوز التوكيل فيه فجاز الاستئجار عليه كذبح الشاة.

قالوا: إفاتة الروح لا يقدر عليه فأشبه ضراب الفحل.

قلنا: إلا أنه يوصف بالقدرة عليه لما أجرى الله تعالى فيه من العادة بإزهاق الروح عند فعله، ولهذا يضاف إليه ثم انفصال الأطراف أيضاً لا يقدر عليه وإنما هو من فعل الله تعالى ثم يجوز أن يستأجر عليه.

قالوا: القتل بالسيف مع التجافي قد يقع على وجه محظور ولا يستأجر على محظور.

قلنا: لا يستأجر إلا من يحسن فلا يقع إلا مباحاً ثم لو كان هذا صحيحاً لوجب أن يسقط القصاص كما يسقط فيما لا يمكن من الجوائف وغيرها.

قالوا: قطع الرأس لا يدري بكم ضربة يحصل فكان ذلك مجهولا فلم يجز الاستئجار عليه.

قلنا: يبطل بشق الحطب وخياطة الثوب فإنه لا يدري بكم دقه وكم غرزه يحصل ثم يجوز الاستئجار عليه.

مسألة: الأجرة في القصاص على من عليه القصاص.

وقال أبو حنيفة: على من له.

لنا: هو أنه إيفاء حق فكانت الأجرة على من عليه كأجرة الكيال في البيع.

---

(١) الإفصاح (٣٤/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: حاشية الدسوقي (١٢/٤)، روضة الطالبين (١٩٤/٥)، المغني (٣٩/٦).

(٢) الإفصاح (٣٤/٢)، الفتاوى الهندية (٤٥٤/٤).

قالوا: تعين حقه فكانت الأجرة في الأخذ عليه كما لو اشترى ثمرة نخلة.

قلنا: المغصوب منه فالمغير تعين حقهما ثم أجرة التسليم على الغاصب والمستعير ولأن البائع قد سلم المبيع وهاهنا ما سلم فإن القصاص هو القطع ولهذا لو قطع يده في سرقة كان من ضمانه فوجب عليه مؤنة الإيفاء كالمبيع في يد البائع.

قالوا: منفعة للمقتص فكانت الأجرة كقطع الختان.

قلنا: الختان حجة لنا لأن الأجرة فيه على من يجب عليه فليكن هاهنا مثله.

قالوا: مال فلا يجتمع مع القصاص كالدية.

قلنا: الدية بدل كما القصاص بدل عنه وهذا التسليم.

قالوا: لو وجب عليه القطع لمكن منه.

قلنا: لا يمكن لأنه متهم بأن يجبن فيجني على نفسه كما لا يمكن البائع إذا اتهمه في الكيل وإن كان ذلك عليه.

مسألة: لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أن نقلها محرم لقوله ﷺ «**لعن الله الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها**»[1] والمحمول له فأشبه سائر المعاصي.

قالوا: نقل خمر فأشبه النقل للإراقة.

قلنا: هناك مباح وهذا معصية.

مسألة: إذا أجر بيتاً ممن يتخذ بيت نارا ويبيع الخمر لم تصح الإجارة.

وقال أبو حنيفة: تصح.

وقال الرازي: المسألة إذا لم يشترط ذلك وإنما يعلم من حاله أنه يفعل ذلك، وقال غيره المسألة إذا استأجر للسكنى وللعبادة، فالدليل على فساد ظاهر الرواية أنه فعل معصية فلا تصح الإجارة له كسائر المعاصي.

قالوا: بالعقد لا تستحق فعل المعصية فصار ذكرها كلا ذكر.

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/٣٧)، ح ٢٢٣٤) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وسعيد بن منصور في سننه (٤/١٥٩٥) ح (٨١٦)، والبيهقي في الكبرى (٥/٣٢٧) ح (١٠٥٥٩)، وأبو داود (٣/٣٢٦) ح (٣٦٧٤)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٩٧) ح (٥٧١٦)، وانظر/ التلخيص الحبير (٤/٧٣)، الدراية (٢/٢٣٥).

قلنا: يبطل به إذا استأجر داراً للصلاة فإنه لا يستحق عليه أن يصلي فيها ثم يبطل عندهم.

مسألة: يجوز للزوج استئجار امرأته لإرضاع ولده منها في أحد الوجهين (١).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٢).

لنا: أنه عمل يجوز استئجارها عليه بعد البينونة فجاز فتلها كالنسج ورعي الغنم.

قالوا: مقصود بكل نكاح فأشبه التمكين من الوطء.

قلنا: لو كان مقصوداً لما جاز لها أن تمتنع كالتمكين من الوطء ولأن ذاك مستحق بعقد النكاح وهذا غير مستحق فهو كالرعي.

قالوا: الإعادة في الاستئجار عليه فأشبه الشهادة.

قلنا: إعادة في استئجارها على رعي الغنم ثم يجوز.

مسألة: لا يجوز استئجار الطير بطعمتها وكسوتها.

وقال أبو حنيفة: يجوز استحساناً.

لنا: هو أنه بدل يستحق بالشرط فلا يجوز أن يكون طعمة وكسوة مجهولة كالثمن والمهر والأجرة في سائر الإجارات فإن قيل في الأصل المعوض وهاهنا اللبن مجهول.

قلنا: بل هو معلوم بتقدير المدة كالخدمة معلومة بذكر المدة فإن قيل لا حاجة في الأصل إلى الطعمة وهاهنا حاجة لأن صلاح اللبن بصلاح الطعمة.

قيل: يحب أن لا يجوز الكسوة المجهولة ولوجب أن لا يجوز على طعمة بنتها لأنه لا حاجة إلى ذلك، ولأنه لو جعل الأجرة ثوباً مجهولاً لم يجز وإذا لم يجهل غير الصفة فلأن لا يجوز هاهنا وقد جعل الحس والقدرة والصفة أولى فإن احتجوا بقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ (البقرة: من الآية٢٣٣)

قلنا: يحتمل أنه أراد نفقة الزوجية وخص حال الرضاع لئلا يظن ظان أنها كالناشزة لاشتغالها عن خدمة الزوج بالولد.

قالوا: نوع عقد يقصد به المنفعة فجاز أن يكون سبباً لاستحقاق طعمة وكسوة غير موصوفة كالنكاح.

---

(١) الإفصاح (٣٩/٢)، روضة الطالبين (١٨٦/٥).

(٢) الإفصاح (٣٩/٢)، ووافق الأحناف مالك. انظر: الفتاوي الهندية (٤٣٤/٤)، المدونة (٤١٣/٣).

قلنا: النكاح يجوز مع الجهل بالمدة ولا يجوز ذلك هاهنا ولأن ذاك بدل يثبت من طريق الحكم فهو كمهر المثل وهذا بدل يثبت بالشرط فهو كالمهر المسمى.

قالوا: مؤنة يجبر الأب عليها لتغذية الولد فجاز أن يكون طعاماً وسطاً غير موصوف كنفقة الولد.

قلنا: ذاك يجب على جهة الصلة وهذا يجب بالعقد على سبيل العوض فهو كالأعواض في العقود.

مسألة: إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسياً فنصف درهم لم تصح الإجارة.

وقال أبو حنيفة: يصح وأيهما خاط استحق.

لنا: أن الإجارة وقعت على مجهول غير معين فأشبه إذا قال بعتك أحد هذين الثوبين أو بعتك بدرهم نقداً أو بدرهمين نسيئة.

قالوا: حيرة بين عملين معلومين كل واحد منهما ببدل معلوم فصح كما لو قال إن رددت عبدي الآبق من الكوفة فلك درهم وإن رددته من مصر فلك دينار.

قلنا: ينكسر بما قسنا عليه والجعالة تصح مع الجهالة ولهذا لو قال: أي عبد لي رددت فلك درهم جاز وإن خطته غداً فلك لم يجز.

مسألة: إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم لم يصح العقد.

وقال أبو حنيفة: إن خاط على الشرط الأول استحق المسمى وإن خاط على الشرط الثاني فله أجرة المثل لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن النصف.

لنا: هو أن المقصود عليه أحد الأمرين وهو مجهول فأشبه إذا قال بعتك أحد هذين الثوبين ولأن الأجرة مجهولة فأشبه إذا قال بعتك بدرهم نقداً وبدرهمين نسبة ولأن الشرط الثاني فاسد فكذلك الأول لو صح الشرط الأول للزم كسائر الإجارات.

قالوا: الشرط الأول صحيح لأنه عمل شرط معلوم بأجرة معلومة والشرط الثاني باطل لأن النقصان لأجل الوقت والوقت لا يقابل ببدل ولهذا لا يجوز لمن له على رجل ألف مؤجل أن يحط خمسمائة على أن يعجل له الباقي فبطل الثاني ولا يؤثر ذلك في الأول كما لو قال بعتك هذا بألف وأجرتك داراً بخمر.

قلنا: الأول صحيح لو اقتصر عليه فأما إذا خير بينه وبين الثاني صار المعقود عليه أحدهما لا يعنيه بخلاف ما لو قال بعتك هذا بألف وأجرتك داري بخمر فإن ذاك عقدان

وهذا عقد على أحدهما.

مسألة: إذا دفع ثوباً إلى خياط فقطعه قباء.

فقال: رب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصاً وقال الخياط: أمرتنى أن أقطعه قباء ففيه أقوال أحدها أنهما يتحالفان والثاني أن القول قول الخياط أو الثالث أن القول قول رب الثوب وهو قول أبو حنيفة فالدليل على أنهما يتحالفان أن كل واحد منهما يدعي على الآخر ما ينكره فأشبه إذا ادعى عليه بيعاً وادعى هو هبة والدليل على أن القول قول الخياط أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في التعدي فكان القول قول المأذون كالمضارب ورب المال.

قالوا: الخياط يدعي عليه إذنا ينكره فأشبه إذا ادعى عليه الإذن في القطع فأنكر.

قلنا: هناك الظاهر مع رب الثوب فإن الأصل عدم الإذن وهاهنا الظاهر مع الخياط لأن رب الثوب يدعي عليه تعدياً في الأصل ولهذا لو اختلف رب المال والمضارب في الإذن في التصرف كان القول قول رب المال ولو اختلفا في التعدي كان القول قول المضارب.

مسألة: إذا تلف الشيء في يد الأجير المشترك ففيه قولان أحدهما أنه يضمن والثاني أنه لا يضمن.

وقال أبو حنيفة: إن تلف بفعله وجب الضمان وإن تلف بغير فعله لم يجب فالدليل على أنه لا يضمن هو أنه تلف في يد الأجير بغير تعد فلم يضمنه كما لو تلف في يد الفصاد فإن قبل التلف في الأصل حصل بفعل الله تعالى وهو السراية.

قيل: إلا أنه حصل ذلك بسبب فعله ولأنه تلف حصل من عمل مأذون فيه فلا يضمنه كما لو تلف في يد المعين فإن قيل المعين واهب والهبة لا تقتضي التسليم قيل والمؤجر بائع والبيع يقتضي التسليم.

قالوا: العمل مضمون عليه فضمن ما تولد منه كالجناية.

قلنا: يبطل بالأجير المنفرد وبالفصاد ثم الجناية عدوان وهذا مأذون فيه فهو كقطع السارق ولأن ذلك ضمان غرامة فاقتضى الغرامة فيما تولد منه وهذا ضمان عقد فلا يقتضي ضمان الغرامة فصل وأما الدليل على أنه يضمن ما تلف بغير فعله على القول الآخر أن من استحق عليه الأجر ضمنه إذا تلف عنده كما لو كان ذلك بفعله ولأنه لو استأجر حمالاً ليحمل له شيئا فعثر في نصف الطريق وكسر كان لصاحب المتاع عندهم أن يضمنه من وقت القبض فلو لم يكن مضموناً عليه بالقبض لما ضمنه من وقت القبض.

قالوا: قبض بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فأشبه الوديعة.

قلنا: الوديعة: لو تلفت بالفعل المأذون لم يضمن وهاهنا يضمن.

مسألة: إذا استأجر دابة للركوب فضربها أو كبحها باللجام فتلفت لم يضمن.

وقال أبو حنيفة: يضمن.

لنا: هو أنه أمانة هلكت في يده بغير عدوان فأشبه الوديعة ولأن ضرب البهيمة للسوق متعارف والمتعارف كالمنطوق به ثم المنطوق به لا يتعلق به الضمان وهو ضرب الرائض فكذلك هاهنا.

قالوا: ضرب لم يقع العقد عليه فأشبه ضرب الزوجة.

قلنا: إلا أنه لا يتوصل إلى المعقود إلا به فصار كالمعقود عليه كالافتضاض في النكاح ويخالف الزوجة لأنه يمكنه استيفاء المعقود عليه بالزجر والكلام فإذا عدل إلى الضرب وجب عليه الضمان بخلاف البهيمة.

مسألة: إذا استأجر ثوباً للبس أو دابة للركوب جاز أن يلبس ويركب غيره.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه منفعة يجوز له أن يستوفيها بنفسه فجاز له أن يستوفيها بغيره كسكنى الدار.

قالوا: الناس متفاوتون الثقل والخفة وفي الإبطاء والسرعة في الركوب ولهذا قال الشاعر:

لم يركبوا الخيل إلا بعدما هزموا فهم ثقال على أعجازها عنف

فصار كما لو استأجر دابة ليحمل عليها القطن فحمل عليها الحديد.

قلنا: الكلام في السير المعتاد ولا يختلف الناس في ذلك ولأن في ركوب المحمل لا يختلف الناس وعندهم لا يجوز ويخالف الحديد فإنه يضر بالبهيمة فوزانه أن يركبها رجلاً ثقيلاً وهاهنا لا يضر.

مسألة: إذا لم تكن الكبيسة المحمولة معلومة لم تصح الإجارة.

وقال أبو حنيفة: تصح استحساناً.

لنا: هو أنه محمول يختلف بالثقل والخفة فوجب العلم به كسائر المحمولات.

قالوا: غير مقصود فلم يؤثر الجهل به كأساس الدار والمعاليق.

قلنا: الأساس لا يمكن مشاهدتها والمعاليق فيها وجهان وإن سلم فلأن ذلك يقل فيه التفاوت فعفي عنه وهذا يكثر فيه التفاوت فلم يعف عنه.

مسألة: إذا اكترى دابةً إلى الكوفة وسلمها إليه وحبسها مدة يمكن فيها السير

استقرت الأجرة.

وقال أبو حنيفة: لا تستقر.

لنا: هو أنه قبض العين وتمكن من استيفاء المنفعة فاستقرت عليها الأجرة كما لو قبض الدار أو العبد المستأجر وأمسكه حتى مضت المدة.

قالوا: لم يوجد التسليم في جميع محل العقد فأشبه إذا استأجره مدة فسلم في غيرها كما قلنا.

قلنا: لأن هناك لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه وهاهنا يمكن وإنما ترك باختياره فهو كما لو سيرها في الطريق ولم يركبها.

قالوا: الإجارة على العمل فلا تستقر الأجرة فيها بالتسليم في المدة كالإجارة على الخياطة.

قلنا: لو كان كالخياطة لم يستقر إلا بالركوب.

مسألة: إذا أَجَر عبداً فأعتقه لم يثبت له الخيار وإن أَجَر الولي الصبي ثم بلغ لم يثبت له الخيار في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لهما الخيار.

لنا: هو أنه عقد لازم فلم يملك فسخه بملك التصرف.

دليله: إذا زوج ولده أو أجَر داره ثم بلغ.

قالوا: عقد على منافعه في حال لا يملكه التصرف فإذا ملك التصرف ثبت له الخيار كالأمة إذا زوجت من عبد ثم أعتقت.

قلنا: لأن هناك عليها ضرر في المقام على نكاح العبد ولا ضرر هاهنا فلم يملك الفسخ.

مسألة: يجوز بيع المستأجر في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: هو أنه عقد يقصد به المنفعة فلم يمنع البيع بالنكاح ولأنه بيع يصح في غير المستأجر فصح في المستأجر كالبيع في دين حبس عليه.

فإن قيل: لأن حق الغريم آكد لأن حقه في العين وحق المستأجر في المنفعة فقدم كحق المجني عليه يقدم على حق المرتهن.

قيل: وحق المالك أيضاً في العين فيجب أن يقدم على حق المستأجر.

قالوا: يد المستأجر تمنع التسليم فمنع البيع كيد المرتهن ويد الغاصب.

قلنا: الرهن والغصب في محل البيع فمنعنا منه والإجارة في غير محل البيع فلم يمنع كالنكاح ولأن الغصب والرهن يمنع البيع في الدين الذي حبس فيه والإجارة لا يمنع.

مسألة: إذا استأجر شيئاً إجارة فاسدة وتلفت المنافع تحت يده وجبت عليه الأجرة وإن لم ينتفع.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنه عقد يتقسط العوض فيه على المعوض فضمن المعقود عليه من غير إتلاف كالبيع.

قالوا: عقد يقصد به المنفعة فلا يجب البدل في فاسده من غير إتلاف كالنكاح.

قلنا: منفعة البضع لم تجعل كالمال فضمن المال ألا ترى أنه لا يملك بالوصية ولا يستباح بالإباحة ومنفعة المال كالمال فضمن المال ولأن الاستمتاع لا يتقدر بالزمان فلم يتحقق الإتلاف فيه بمضي الزمان ومنفعة المال تتقدر بالزمان فتلفت بمضي الزمان.

مسألة: تجب أجرة المثل في الإجارة الفاسدة.

وقال أبو حنيفة: يجب الأقل من المسمى أو أجرة المثل.

لنا: هو أن ما ضمن بالمسمى في الصحيح ضمن بالمثل بالغا ما بلغ كالمبيع.

قالوا: المنافع لا قيمة لها بالعقد وما زاد لم يتناوله العقد.

قلنا: لا نسلم بل لها قيمة في نفسها كالأعيان.

مسألة: إذا أمر المكري المكتري بعمارة الدار ثم اختلفا فالقول قول المكتري.

وقال أبو حنيفة: القول قول المكري.

لنا: أنه ائتمنه على ذلك فقبل قوله عليه كالمودع إذا ادعى الرد.

قالوا: يدعى إيجاب حق على المكري أو البراءة من بعض ما عليه من الأجرة فلم يقبل كغير المكتري.

قلنا: لأن هناك لم يأتمنه فلم يقبل قوله كالغاصب إذا ادعي الرد وهذا ائتمنه فهو كالمودع.

مسألة: المساقاة جائزة [1].

---

(١) الإفصاح (٢/٤٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٧٦٦)، روضة الطالبين (٥/١٥٠)، الكافي لابن قدامة (٢/١٦٣).

وقال أبو حنيفة: باطلة [١].

لنا: ما روى عمر أن النبي ﷺ ساقى يهود خيبر عن تلك الأموال على الشطر وروى ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر وزرع [٢].

فإن قيل: إنما استرقهم واستخدمهم فيها وجعل ما شرط طعمة لهم لا عوضا.

قيل: ذلك لا يسمى مساقاة ولا معاملة ولأن قوله (**على الشطر**) يقتضي أنه عوض وطعمة العبيد ليس بعوض ولأنه روي أنه بعث ابن رواحة فخرص عليهم.

وقال: «**إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي**» [٣] والعبيد لا يملكون ولأن عمر أجلاهم من خيبر ولا يجوز إجلاء عبيد المسلمين.

فإن قيل: إنما أقرهم وشرط عليهم الشطر جزية.

قيل: لا يسمى ذلك معاملة ولا مساقاة ولأنه روي أنه قسم على ستة وثلاثين فجعل نصفها للنوائب ونصفها بين الغانمين.

فإن قيل: هذه كانت معاملة جرت مع الكفار ولهذا لم يذكر الأجل وقال أقركم على ذلك ما شئنا [٤] ولا يجوز ذلك في المساقاة ولأنه ذكر شطر الزرع وإن لم يجز ذلك.

قيل: الأجل قد شرط ولكن لم ينقل لأنه لم يقصد بيان صفة العقد وقوله (**نقركم ما شئنا**) يحتمل أنه أراد ما لم يفسخ ثم ينفسخ ويحتمل أنه أراد الإقرار في الأرض على المعاملة وأما شطر الزرع فيجوز في الزرع الذي بين تضاعيف النخل ولأنه عين لا يزكو نماؤها إلا بالعمل عليها فإذا لم يجز إجارتها جاز المعاملة عليها ببعض النماء كالأثمان.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ «**نهى عن المخابرة**» [٥] والمخابرة هي المعاملة عليها ببعض التي جرت بخيبر.

قلنا: بل المخابرة هي المزارعة وهي مشتقة من الخبار وهي الأرض اللينة ولهذا يسمى كار الخبير ولهذا قال عنترة:

والخيل تقتحم الخبار أبساماً ... بين شيظمة وأجر شيظم

---

(١) الإفصاح (٢/٤٠)، الهداية (٤/٣٩٠).

(٢) أخرجه مسلم (٣/١١٨٦) ح (١٥٥١).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/١٢٢) ح (٧٢٢٨)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٩٤).

(٤) أخرجه البخاري (٢/٨٣٩) ح (٢٢٥٢)، ومسلم (٣/١١٧٤) ح (١٥٣٦).

(٥) أخرجه البخاري (٢/٨٢٤) ح (٢٢١٣)، ومسلم (٣/١١٨٧) ح (١٥٥١).

قالوا: لأنه إجارة بدليل أنه يلزم ويفتقر إلى ذكر المدة فلم يجز على عوض مجهول معدوم كسائر الإجارات.

كما يجوز أن يكون إجارة ثم يخالف سائر الإجارات في جهالة البدل كما قالوا في استئجار الطير على الطعمة.

قالوا: عين يتوصل إلى نمائها مع بقائها فلا يجوز المعاملة عليها ببعض نمائها كالأرض والمواشي وسائر الأشجار.

قلنا: الأرض يمكن إجارتها بأجرة معلومة فلا يجوز لمجهول وهذا لا يمكن والنتاج يحصل بفعل المواشي لا صنع للراعي فيه وهذا يحصل بفعل العامل ولهذا يضاف إليه فيقال لفج ولا يقال أنتج البهيمة وفي سائر الأشجار قولان وإن سلم فلأن النخل والكرم تعظم منفعتها ويقتنى ثمرتهما فاحتيج إلى المعاملة عليها ببعض ما يخرج منها كالأثمار وسائر الأشجار لا تعظم منفعتها فهي كسائر الجواهر.

مسائل العارية

مسألة: العارية مضمونة (١).

وقال أبو حنيفة: غير مضمونة (٢).

لنا : أن النبي ﷺ استعار درعاً من صفوان يوم حنين فقال: له أغصباً يا محمد؟ فقال: «**بل عارية مضمونة مؤداة**» ولا يجوز حمله على ضمان الرد، لأنه وصف العين به ولأن ضمان الرد قد علم من قوله (**مؤداة**).

فإن قيل: أخذ بغير إذنه ولهذا قال أغصباً يا محمد؟.

قيل: قوله استعار لا يحتمل الغصب ولأنه قال بل عارية ولأنه روى أنه قال : «**إذ أتتك رسلي فأعلمهم كذا**»، وقوله (أغصباً) أي تغصبنى إن لم أعرك.

فإن قيل: شرط الضمان وبالشرط يجب الضمان لأهل الحرب .

قيل: صفوان كان مستأمناً فهو كالذمي ولا يثبت الضمان له بالشرط ولأنه أخذ مال غيره لنفسه من غير استحقاق ولا وثيقة ولا إذن في الإتلاف فضمنه كما لو غصبه أو أخذه على وجه السوم ولأن ما ضمن بالرد ضمن البدل كالمغصوب ولأن كل قبض لو

---

(١) الإفصاح (١٨/٢)، روضة الطالبين (٤٣١/٤).

(٢) الإفصاح (١٨/٢)، الهداية (٢٤٧/٣).

كان من الغاصب أوجب ضماناً مستقراً فإذا كان من المالك أوجب الضمان كالغصب، ولأنه نوع معروف فلو لم يضمن أسف الناس به.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**ليس على المستعير غير المغل ضمان**»(١).

قلنا: هذا من قول شريح ولم يسنده إلا عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما متروكان عن عمر وعن شعيب عن أبيه عن جده ولعله مرسل ثم نحمله على ضمان الأجزاء.

قالوا: أخذه بإذن صحيح من المالك لا على وجه البدل والوثيقة فلم يضمن كالوديعة والمستأجر والموصى له بمنفعته .

قلنا: الوديعة أخذها لمنفعة مالكه ويده كيده والمستعير أخذ بمنفعة نفسه ويده ليست كيده.

ولهذا قالوا إذا جاوز بالعارية الموضع المأذون فيه ثم ردَّ إلى الموضع لم يبر من الضمان تعدى في الوديعة ثم رد إلى الموضع برئ والمستأجر والموصى له بالمنفعة قبض باستحقاق وهذا قبض من غير استحقاق ولا وثيقة فتعلق به الضمان ولأن القبض في هذه الأصول لا يوجب الضمان ولهذا لو قبضها من الغاصب فضمن رجع به ولو ضمن المستأجر لم يرجع.

قالوا: ولأن الأجزاء لا تضمن وهي المعقود عليها فالعين أولى.

قلنا: يبطل المستعير من الغاصب ثم الأجزاء مأذونٌ في إتلافها والعين إذن في إمساكها وذلك لا يسقط الضمان كالقرض.

مسألة: لا يجوز للمستعير أن يعير في أصح الوجهين .

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا : هو أنه عقد على المنفعة فلم يملكه المستعير بالإعارة كالإجارة ولأنه أحد نوعي الإباحة فلا يملك به الإباحة لغيره كإباحة الطعام والدليل على أنه إباحة أنه تبرع لم يتصل به القبض فلا يملك به كالهبة ولأنه لو ملك بالإعارة ملك الاعتياض عليه كالمشترى والموهوب.

قالوا: عقد على المنفعة فملك به الإعارة كالإجارة.

قلنا: بالإجارة تملك المنفعة فهو كالطعام إذا اشتراه وبالإعارة لا يملك فهو كالطعام

---

(١) من قول شريح أخرجه: عبد الرزاق في مصنفه (١٧٨/٨) ح (١٤٧٨٢).

يقدم إليه.

مسألة: إذا أعاره أرضاً أو آجره للغراس والبناء فغرس أو بيّض لم يجبر على قلعه إلا بأن يضمن ما نقص بالقلع.

وقال أبو حنيفة: له ذلك.

لنا: ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**من بنى في رباع قوم بإذنه فله قيمته**» ولأنه بنى مأذون فيه طالبه بقلعه في وقت لم يشرط عليه القلع فلم يجبر عليه من غير ضمان كما لو أذن له فيه مدة وطالبه قبل انقضائها ولأن العرف في ذلك التبقية والمتعارف كالمشروط ولو شرط التبقية لم يطالب بالقلع فكذلك إذا أطلق.

قالوا: أعاره ولم يعره فأشبه إذا شرط عليه القلع.

قلنا: بل غره حين أطلق والعادة التبقية.

مسائل الوديعة

مسألة: إذا سافر بالوديعة ضمن [١].

وقال أبو حنيفة: لا يضمن [٢].

لنا: هو أنه سافر بالوديعة من غير إذن صاحبها من غير ضرورة فأشبه إذا كان السفر مخوفا.

قالوا: نقل الوديعة مع الأمن أشبه إذا نقل من محلة إلى محلة .

قلنا: أمن البلد موثوق به فهو كأمانة العدل وأمن السفر غير موثوق به ولهذا روي أن المسافر ومتاعه لعلى خطر.

قلت: إلا ما وقى الله فهو كأمانة الفاسق.

مسألة: إذا سلم الوديعة إلى عياله ضمن.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: هو أنه أودع الوديعة بغير إذن صاحبها من غير حاجة فأشبه إذا أودعها شريكه أو مضاربه.

قالوا: حفظها بمن يحفظ به ماله فأشبه إذا حفظها بنفسه.

---

(١) الإفصاح (١٩/٢، ٢٠)، انظر: روضة الطالبين (٣٢٨/٦).

(٢) الإفصاح (١٩/٢)، الهداية (٢٤٠/٣).

قلنا: يبطل بما قسنا عليه.

مسألة: إذا أودع المودع آخر وهلكت عنده ضمن المالك من شاء منهما.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن إلا الأول.

لنا: هو أنه أخذ مال غيره ولم يجز له أخذه فأشبه الغاصب.

قالوا: بمعنى واحد لا يجب الضمان على اثنين.

قلنا: وجب بعينٍ على الأول ترفع اليد ولهذا لو تركها في صحراء ضمن وعلى الثاني بالأخذ ولهذا لو أخذها منه قهراً ضمن.

مسألة: إذا قال احفظ الوديعة في هذا الحرز ولا تخرجها فنقلها إلى مثله ضمن على المنصوص.

وقال أبو سعيد الإصطخري: لا يضمن.

وقال أبو حنيفة: إن نقلها إلى مثله في الدار لم يضمن استحسانا.

لنا: أنه أخرج الوديعة من الحرز الذي نهاه عن الإخراج منه من غير ضرورة فأشبه إذا نقلها إلى دار أخرى.

قالوا: البيتان في الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا نقل المسروق من أحدهما إلى الآخر لم يقطع.

قلنا السارق: لو نقل من البيت إلى الدهليز والباب مفتوح لم يقطع ولو فعل المودع ذلك ضمن.

مسألة: إذا حل كيس الوديعة ضمنها [١].

وقال أبو حنيفة: لا يضمن [٢].

لنا: هو أنه هتك حرز الوديعة فأشبه إذا ترك في بيت ونقب البيت .

قالوا: تعدى على الحرز فلم يضمن ما فيه كما لو فتح قفصاً على طائر.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه والطائر يجب على حفظه وهذا يجب حفظه.

مسألة: إذا أخرج الوديعة من الحرز لينتفع بها ضمن [٣].

---

(١) الإفصاح (٢/٢١)، انظر: روضة الطالبين (٦/٣٣٤).

(٢) الإفصاح (٢/٢١).

(٣) الإفصاح (٢/٢١)، انظر: روضة الطالبين (٦/٣٣٦).

وقال أبو حنيفة: لا يضمن قبل الانتفاع [1].

لنا: هو أنه إيقاع فعل في الوديعة لا يقتضيه الإيداع فأوجب الضمان كالتحريق.

قالوا: معنى لا يوجب الضمان من غير نية فلا يوجب مع النية كالإمساك.

قلنا: الإخراج من غير نية يقتضيه الإيداع ومع نية لا يقتضيه فإذا أمسك ونوى أن لا يرد ضمن في أحد الوجهين ثم ذاك نية مجردة وهذه نية اتصلت بفعل خرج بها عن مقتضى الإيداع فوجب بها الضمان.

مسألة: إذا تعدى في الوديعة ثم ترك التعدي لم يبرأ من الضمان.

وقال أبو حنيفة: يبرأ.

لنا: هو أنه ضمن الوديعة بالعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحد ثم اعترف.

فإن قيل: إذا جحد فقد عزل نفسه وارتفع العقد وهاهنا لم يرتفع العقد.

قيل: لو كان الضمان يحكم العزل لما ضمن حتى يتمكن من الردّ كما لو عزل نفسه فلما ضمن في الحال دل على أنه ضمن بحكم العدوان ولأن الوديعة ارتفعت فلا ينفرد بأدائها كما لو ردها على صاحبها والدليل على أنها قد ارتفعت أنه عقد أمانة والضمان ضدها فإذا طرأ الضمان ارتفع العقد كالتحريم لما كان ضد الحل إذا طرأ على النكاح ارتفع النكاح ولأنه لو استأجر دابة أو استعارها إلى الكوفة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الكوفة لم يبرأ من الضمان فكذلك هاهنا.

فإن قيل: يد أولئك ليست يد المالك ويد المودع يده.

قيل: إلا أنه مأذون له في إمساك فهو كيده.

قالوا: الأمر بالحفظ باق بعد التعدي لأنه أمر مطلق في الأزمان فلا يسقط بالمخالفة كالأمر بصوم رمضان لا يبطل بالفطر في يوم منه وكأمر الوكيل ببيع الثوب لا يبطل بلبسه.

قلنا: وإن كان مطلقا إلا أنه يتقيد بالعرف فيكون معناه احفظ ما دمت أمينا لأن الإنسان لا يستودع في العادة خائنا فيصير كأمر الله تبارك وتعالى إذا وقته بوقت ثم الصوم حجة لنا لأنه إذا تعدى في يوم منه بطل الأمر فيه فكذلك إذا تعدى في الوديعة وجب أن يبطل الأمر فيها ولأن الأمر هناك لا يسقط بالجحود وهاهنا يسقط بالجحود ولأن الأمر هناك يتجدد في كل يوم فور أنه أن يحدث له استئمانا والوكيل لا نسلم على أحد

---

(١) الإفصاح (٢/ ٢١)، الفتاوي الهندية (٤/ ٣٤٨)، انظر: الهداية (٣/ ٢٤١).

الوجهين ثم الوكالة تتضمن أمانة وتصرفا فإذا بطل أحدهما بقي الآخر كملك اليمين إذا بطل فيه الحل نفى الملك والوديعة لا يتضمن إلا الأمانة فإذا بطلت لم يبق شيء كالنكاح إذا بطل فيه الحل قالوا يده كيده فصار كما لو رده إليه.

قلنا: يده كيده مادام أمينا فأما إذا خرج عن الأمانة فلا كما قالوا في المستأجر والمستعير.

مسألة: إذا أودع صبيا شيئا فأتلفه ضمن على المشهور.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: أن من ضمن المال بالإتلاف قبل الإيداع ضمنه به بعد الإيداع كالبالغ ولأن ما ضمنه بالإتلاف قبل الإيداع فضمنه بعد الإيداع كالعبد.

قالوا: إعادة الصبي الإتلاف فإذا أودعه فقد رضي بإتلافه فأشبه إذا قدم الشعير إلى الحمار أو اللحم إلى السنور.

قلنا: ما رضى بإتلافه بل أمر بحفظه غير أنه أساء في الاستحفاظ فهو كما لو أودع المال خائناً أو الخبز جائعاً ثم هذا يبطل به إذا ألقي في الطريق فأتلفه إنسان.

قالوا: ضمان يختص الأموال فلم يجب على الصبي كالتضييع.

قلنا: إنما لم يضمن بالتضييع لأنه لا يلزمه الحفظ بقبوله فهو كالبالغ إذا لم يقبل لم يضمن بالتضييع ثم يضمن بالإتلاف.

مسألة: إذا سرقت الوديعة من المودع والمغصوب من الغاصب لم يجز لهما مخاصمة السارق [1].

وقال أبو حنيفة: لهما مخاصمته ويقطع السارق بخصومتهما [2].

لنا: هو أنه جناية توجب عقوبة فلا يجوز للمودع الخصومة في أثنائها بحكم الإيداع كالقتل ولأن من لا يخاصم إذا ادعى عليه ملك العين لم يخاصم إذا سرق منه العين كالسارق ولأنه لو كانت الخصومة من مقتضى الإيداع لضمن بتركها كالحفظ.

قالوا: المودع له حق اليد للحفظ والغاصب له حق اليد ليتمكن من الرد فإذا أزيلت اليد جاز أن يخاصم لإعادتها كالمالك.

قلنا: المالك يجوز أن يخاصم في قتله وهذا لا يخاصم والمالك يخاصم إذا ادعى عليه

---

(١) الإفصاح (٢/٢٢)، انظر: روضة الطالبين (٦/٣٣١).

(٢) الإفصاح (٢/٢٢).

العين وهذا لا يخاصم.

قالوا: لا يتوصل إلى المأمور إلا بها فكان الأمر بها كالطهارة للصلاة.

قلنا: يبطل به إذا قال خذ مالي من زيد واحفظه.

مسائل الغصب

مسألة: إذ فقأ عين دابة لزمه أرش ما نقص (١).

وقال أبو حنيفة: يلزمه من دفع القيمة استحسانا (٢).

لنا: هو أنه جناية على غير الآدمي فلم يضمن بمقدر كالجناية على اليد والرجل والجناية على الحمار والبغل ولأنه لو ضمن العين بمقدر لضمنت بنصف القيمة كما تقول في الحر والعبد، احتجوا بأن عثمان قضى فيها بربع القيمة والقياس لا يقتضيه فدل على أنه توقيف.

قلنا: لعله بلغ أرش النقصان ربع القيمة كما قضى في العين القائمة بخمسين دينار أو كان ذلك على وجه الحكومة.

مسألة: إذا قطع يدي عبد ضمن قيمته من غير أن يسلم إليه العبد.

وقال أبو حنيفة: أما أن يمسك العبد ولا شيء له أو يسلمه ويطالبه بالقيمة.

لنا: هو أنه جناية على ملك غيره فلم يكن من شرط أخذ البدل تسليم المجنى عليه كما لو قطع إحدى يديه.

قالوا: لو قلنا إنه يملك العين والقيمة جمعنا بين البدل والمبدل فيما يصح نقل الملك فيه وهذا لا يجوز كما قلنا في البيع وكما قلنا فيمن استولد جارية ابنه وغرم قيمتها.

قلنا: القيمة ليست بدلا عن العبد ولما هي بدل عن اليدين إلا أنه قدر ببدل النفس كما قدر بدل اليدين في الدية ببدل النفس وكمهر المرأة قدر بمهر مثلها وما لا يتقدر أرشه من الحر يعتبر بقيمة العبد فلا يكون جميعا بين البدل والمبدل ويخالف ما قاسوا عليه فإن هناك لا يجوز أن يجمع بين العين ونصف البدل وهو إذا باع نصفه أو استولد جارية بينهما وهاهنا يجوز أن تجمع بين العين ونصف البدل وهو إذا قطع إحدى اليدين فجاز

---

(١) الإفصاح (٢/٢٤)، ووافق الشافعية مالك انظر: الكافي لابن قدامة (٢/٨٤٢)، حاشية الدسوقي (٣/٤٦٠)، روضة الطالبين (٥/١٣).

(٢) الإفصاح (٢/٢٤)، الفتاوي الهندية (٥/١٢٣).

أن يجمع بين العين وجميع البدل.

مسألة: إذا خرق ثوب ضمن أرش ما نقص.

وقال أبو حنيفة: إن كان كثيراً فهو بالخيار إن شاء ضمنه أرش النقص وإن شاء سلم الثوب وضمنه قيمته.

لنا: هو أنه أتلف جزءاً من حمله فلا يضمن الجميع كما لو كان قليلاً ولأنه لو ثبت له الخيار لثبت بالقليل كالمشتري في خرق المبيع.

قالوا: العين بالمنافع فإذا ذهب معظم المنفعة بطل مقصوده فجاز أن يضمن الجميع ولهذا لو بل حنطته أو أبق عبده أو قطع يديه ضمنه قيمة الجميع.

قلنا: الحنطة المبلولة تعرضت للهلاك وتداعى فيها الفساد فهو كالهالك والآبق حال بينه وبين جميعه فغرم قيمة الجميع وهاهنا التلف حصل في البعض والقيمة في يدي العبد بل عما أتلف وهاهنا بدل عما لم يتلف.

مسألة: تضمين الآبق لا يوجب التمليك.

وقال أبو حنيفة: يوجب.

لنا: هو أنه غرم ما تعذر عليه رده لخروجه من يده فلا يملكه كالمدبر ولأنه معاوضة على مالا يقدر فيه على القبض فلا يملك به كالبيع ولأنه لوكان ذلك سببا للتمليك لم يصح فيما لا يملك كالبيع والهبة.

قالوا: ملك البدل عما يملك فزال ملكه عنه كما لو استولد الأب جاريته فأخذ القيمة أو خلط زيته بزيته فغرم بدله أو باع ماله وأخذ الثمن.

قلنا: في الاستيلاد لم يدل ملكه لأنه ملك البدل وإنما ملك البدل لأنه زال ملكه أولاً وهذا المعنى وهو أن الاستيلاد يتعلق به الحرية فلا يمكن ألا ننقل الملك فلما انتقل الملك وجب البدل وتضمين الزيت معاوضة على ما يقدر على تسليمه وهذا معاوضة على ما لا يقدر على تسليمه فهو كبيع الآبق ولأن هناك أخذ البدل عن العين وهاهنا أخذ البدل للحيلولة فلم يزل ملكه عن العين كالمدبر.

مسألة: إذا تلف المغصوب عنده ضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف [1].

---

(١) الإفصاح (٢/٢٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المدونة (٤/١٨٤)، روضة الطالبين (٥/ ١٨)، الكافي (٢/٢٢٥).

وقال أبو حنيفة: يضمن قيمته وقت الغصب [1].

لنا: هو أنه غاصب في حال الزيادة فجاز أن يضمن قيمته فيه كحال الابتداء.

قالوا: زيادة حدثت بعد القبض فلم يضمنها كزيادة قيمة الصداق.

قلنا: لأن الزيادة هناك حدثت على ملكها والزيادة هاهنا حدثت على ملك المغصوب منه فضمنها.

مسألة: الزيادة الحادثة في المغصوب مضمونة.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: هو أنه زيادة في عين مضمونة لو أتلفها ضمنها فضمنها بالتلف كالزيادة الموجودة في حال الغصب ولأن كل زيادة لو كانت موجودة في حال الأخذ كانت مضمونة فإذا حدثت في يده كانت مضمونة كزيادة الصداق.

قالوا: لم يتناولها الغصب فأشبه زيادة السوق والدليل على الوصف أن الغصب هو النقل وذلك لم يوجد في السمن.

قلنا: لا نسلم بل تناولها الغصب وهو الاستيلاد على وجه العدوان ولهذا يأثم في الاستدامة كما يأثم في الابتداء ثم يبطل به إذا طالبه في حال السمن فمنع ويخالف زيادة السوق لأنها زيادة في غير العين وهذه زيادة فتساوت العين.

مسألة: إذا غصب جارية حاملا فولدت ولدا ثم مات وجب عليه الضمان.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن الولد.

لنا: أنه نماء ليس بماله حصل في يده عن أصل مضمون عليه بيد متعدية فضمنه كولد الصيد ولأن غصب العين سبب لحصول الولد في يده وهو مبعد في السبب فوجب عليه الضمان كما لو حفر بئرا ووقع فيها حيوان ولأن ما ضمن خارج الوعاء ضمن في الوعاء كالدرة في الصدفة ولأنه بعد الانفصال غاصب له فصار كما لو ابتدأ غصبه.

قالوا: حصل في يده بغير فعله من غير توجه المطالبة ممن له حق المطالبة فلم يضمن كما لو ألقت الريح ثوباً في داره.

قلنا: لا نسلم أنه حصل في يده بغير فعله فإنه لو ضمنه لم يمسك العين لم يحصل في يده ويخالف ما ألقته الريح فإن الدار ليست بباب لحصول الثوب ألا ترى أن من بنى داراً لذلك لم يعد عاقلا وإمساك العين سبب لحصول الولد ولهذا لو ألقت الريح صيدا في يد

---

(١) الإفصاح (٢/٢٥)، الفتاوي الهندية (٥/١٢٠).

المحرم لم يضمنه ولو أمسكه حتى ولدت ضمنه ولأن الثوب ليس من زوائد الدار والحمل من زوائد العين ولهذا لا يتبع الثوب الدار في العقود والولد يتبع الأم في العقود فتبعه في الغصب.

قالوا: الغصب لا يكون إلا بثبوت اليد والحمل لا يثبت عليه اليد بثبوته على الأم بدليل أن كل عقد افتقر إلى القبض لم يجز في الحمل كالبيع والهبة والرهن فلم يصِر غاصباً له.

قلنا: لا نسلم بل يثبت عليه اليد بثبوته على الأم بدليل أن كل عقد افتقر إلى القبض كالبيع والهبة والرهن يثبت في الحمل على سبيل التبع وإنما لا تصح هذه العقود على الحمل مفرده لأنه لا تصح مع الجهالة ولهذا لا يلزم البيع في الثياب في الصندوق ثم يصح غصبها فهو كالوصية والعتق.

قالوا: لو ثبت يده على الحمل لضمنه إذا لقيه ميتا.

قلنا: يضمنه في أحد الوجهين.

وقال أبو إسحق: لا يضمنه لأنه لا قيمة له ما دام متصلا ويجوز أن يثبت على ما لا قيمة له كالكلب عندنا والخمر عندهم فإذا انفصل ضمنه باليد المتقدمة.

مسألة: فإذا غصب جارية فأولدها ونقصت بالولادة ضمن أرش النقص.

وقال أبو حنيفة: الولد يجبر النقص.

لنا: أن الولد مال للمغصوب ضمنه فلا يجبر النقصان المستحق في يد الغاصب كسائر أمواله ولأنه نقص حمل بالولادة فلا يجبره الولد كالموت.

قالوا: الولد موجب بما أوجبت الجناية فجبر النقص كالأرش.

قلنا: الولد غير موجب بما أوجب الجناية لأن الجناية حصلت بالولادة والولد حصل قبل ذلك والأرش مال للغاصب بأن الجناية فجبرها والولد للمغصوب منه فلم يجبرها.

مسألة: المنافع تضمن بالغصب والإتلاف [1].

وقال أبو حنيفة: لا تضمن [2].

لنا: هو إنماء ضمن بالمسمى في العقد الصحيح جاز أن يضمن من غير عقد ولا

---

(١) الإفصاح (٢/٢٥)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٥/١٢، ١٣)، الكافي لابن قدامة (٢/٢٢٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٥)، الهداية (٤/٣٤٣).

شبهة كالأعيان ولأن ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمن بمجرد الإتلاف كالأعيان ولأن ما زاد قيمة العين بزيادته ضمن بمجرد الإتلاف كالأطراف ولأن المنافع أموال بدليل أنها تملك بالعقود وبالإرث والوصية وبملك العبد إجارتها بالإذن في التجارة ولا يجوز أن يثبت الحيوان المجهول في الذمة بدلا عنها ولو لم يكن مالا لجاز على قولهم أن يكون الحيوان المجهول في الذمة بدلاً عنه فوجب أنْ يضمن كسائر الأمول.

فإن قيل: لو كانت كالأحوال لحبس بها لأجل الغرامة.

قيل: إنما لم يحبس لأنه لا يمكن صرفها إليهم في الحال فهي كالكسوة والقوت.

قالوا: منفعة فأشبه منفعة البضع ومنفعة الحر.

قلنا: يجوزأن تضمن منفعة ولا يضمن منفعة كما يضمن ولا يضمن مال وهو أم الولد عندهم، ثم منفعة البضع ليست بمال بل هي كالحر ولهذا لا يملك بالإرث والوصية ولا يملك العقد عليها بالإذن في التجارة ويجوز عندهم أن يثبت الحيوان في الذمة بدلا عنها بخلاف منافع المال، ولأن الوطء لا يتلف بمضي الزمان لأنه لا يتقدر به ومنفعة المال تتلف بمضي الزمان لأنه يتقدر به ولأن منفعة الوطء لا يمكن تقويمه وتقديره وسائر المنافع يمكن تقويمها، وأما منفعة الحر فلا يسلم في أحد الوجهين ثم منفعة الحر تحت يده لا يد للغاصب عليها فلا يضمن من غير إتلاف كأطرافه وثيابه ومنفعة العبد تحت يد الغاصب فضمن بالغصب كأطرافه وثيابه.

قالوا: منفعة استوفاها من غير عقد ولا شبهة فلا يضمن كما لو زنا بها.

قلنا: المنفعة كالعين في أسباب الضمان ويزيد عليها فإن الأعيان لا تزاد إلا للمنافع ولهذا يزداد عوضها بالمنافع ويجب في منفعة اليد بالشلل الدية وفي عينها الحكومة ثم يضمن العين من غير عقد ولا شبهة فالمنفعة أولى ويخالف إذا زنا بها فإن هناك رضيت بإسقاط حقها من غير بدل فهو كما لو قطع بإذنه وهاهنا أتلف عليه بغير رضاه فهو كما لو قطع أطرافه بغير رضاه.

مسألة: إذا استكره امرأة فزنا بها وجب عليه المهر.

وقال أبو حنيفة: لا يجب:

لنا: هو أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد عن الموطوءة والواطئ من أهل الضمان في حقها فلزمه المهر كما لو وطئها بشبهة ولا يلزم إذا استدخلت المجنونة ذكر نائم لأن الواطئ هناك هو الموطوءة ولأن ما ضمن في العقد الصحيح أو بالإتلاف في الفاسد ضمن بمجرد الإتلاف كالأعيان ولأن هتك جهتين متقابلتين بالواجب فوجب عليه ضمانهما كما

لو قتل خطأ أو قتل المحرم صيدا مملوكا.

قالوا: وطء يجب به الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته.

قلنا: المعنى في الأصل أنها زانية فغلظ عليها بإسقاط المهر كما غلظ بإيجاب الحد عليها وهاهنا موطوءة بشبهة ولهذا لا يجب عليها الحد فوجب لها المهر.

قالوا: وجب لها إذا أكرهت وجب إذا طاوعت كالمعوضة.

قلنا: هناك رضيت في عقد يقتضي البدل فلم يختلف الطوع والإكراه كإتلاف المشتري للمبيع وهاهنا رضيت في غير عقد فاختلف فيه الطوع والإكراه كإتلاف مال العين.

قالوا: حقان أحدهما يسقط بالشبهة والآخر لا يسقط فلا يجبان بفعل واحد كالقصاص والدية.

قلنا: يبطل بالحد والقضاء في الزنا في رمضان والحد والضمان في شرب خمر النصراني ولأنه إذا جاز أن يجب في قتل الخطأ وقتل الصيد حقان لا يسقطان بالشبهة وإن لم يجب ذلك في سائر الإتلافات جاز أن يجب هاهنا حقان يسقط أحدهما بالشبهة والآخر لا يسقط وإن لم يجب ذلك في سائر المواضع والقصاص والدية بدلان فلم يجبا عن متلف واحد بجناية واحدة والحد تطهير وليس ببدل فهو كالكفارة مع الدية.

مسألة: الغرم يجب مع القطع في السرقة.

وقال أبو حنيفة: لا يجتمعان.

لنا: هو أنه حد يجب مع رد العين فجاز أن يجب رد بدله كحد الزنا وقيمة الجارية ولأنهما حقان يجبان بسببين لمستحقين فجاز أن يجتمعا بفعل واحد كالجزاء والقيمة في الصيد فإن احتجوا بقوله جل وعز: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ (المائدة: من الآية٣٨) فجعل القطع جميع الجزاء.

قلنا: لم يجعله جميع الجزاء ولأنه جعله جزاء السرقة وجزاء السرقة القطع والضمان لا يتعلق بالسرقة.

قالوا: روى عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال: «**لا غرم على السارق إذا أقيم عليه الحد**»(١).

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٢/٣) برقم (٢٩٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٢١٩/١٠) موقوفاً =

قلنا: يرويه سعد بن إبراهيم وهو ضعيف عن أخيه المستور بن إبراهيم وهو لم يلق عبد الرحمن ثم يحمله على الغرم الذي كان عقوبة ثم شرع الحد وسقط الغرم.

قالوا: التضمين يوجب التمليك فلو قلنا إنه يضمن ويقطع صار القطع في ملكه.

قلنا: التضمين يوجب التمليك عندنا وعندهم يوجب فيما نقل الملك والهالك لا يملك ثم التضمين يوجب التمليك في الحال والقطع سبق ذلك فلا يصير القطع في ملكه.

مسألة: العقار يضمن بالغصب.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: هو أنه مال فجاز أن يضمن بالغصب كالمنقول أو عين يصح قبضها في العقود فصح قبضها في الغصب كالمنقول ولأن الغصب أخذ مال الغير والاستيلاء عليه بغير حق وذلك موجود في العقار ولهذا قال ﷺ «**من غصب شبرا من أرض طوقه من سبع أرضين**»(١) فوجب أن يضمن.

قالوا: الغصب لا يكون إلا بالنقل ولهذا لو جلس على بساط رجل لم يصر غاصباً والنقل لا يوجد في العقار وإنما يوجد منع المالك منه فلم يصر غاصباً كما لو حبس الرجل عن ماله.

قلنا: لا نسلم أن الغصب هو النقل بل الغصب ما قلنا.

ولهذا يضمن بثمن الجارية عنده إذا طالبه بالرد وإن لم ينقل ولو منع المودع الوديعة أو جحدها صار غاصبا وإن لم ينقل والبساط لا نسلم فإنه يضمنه ويخالف منع المالك من ماله فإن هناك لم يثبت يده على المال ويجوز له بيعه ولهذا يقال له ارفع يدك عن المال.

وهاهنا ثبت يده على المال ولهذا لا يجوز له بيعه ولهذا يقال له ارفع يدك عن المال ولأنه فرق بين حبس المالك وبين حبس الدار ألا ترى أن المشتري لو حبس البائع عن الدار المبيعة لم يصر قابضاً ولو حبس الدار عنه صار قابضاً.

مسألة: إذا غصب ساحة فأدخلها في بنائه وجب نقضه ورد الساحة.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

=

على الشعبي.

(١) أخرجه البخاري (٢/٨٦٦) ح (٢٣٢٠)، ومسلم (٣/١٢٣١) ح (١٦١٢).

لنا: قوله ﷺ «**لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعباً أو جاداً فإذا أخذ عصا أخيه فليردها عليه**» ولأنه تصرف في مال الغير بعدوان يجوز نقصه فلا يقطع حق المالك عنه كما لو بنى في أرض غيره أو غصب شجراً وغرسه في أرضه والدليل على جواز النقص أنه إذا جاز نقص داره ليعيدها على صفة أخرى لغرض فلأن يجوز ليتخلص من الماء ثم يتعين ويخرج من الخلاف ويتخلص من التقويم أولى.

قالوا: إتلاف ماله لمال هو تابع فلم يجز كما لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان.

قلنا: لا نسلم أنه تابع لأن ملك الغير لا يصير تابعاً لملكه ولهذا لو باع جارية حاملاً بولد لغيره لم يدخل الولد في البيع ولأن مال الغاصب لا حرمة له ولهذا قال ﷺ «**ليس حديث لعرق ظالم حق**»(١) ولهذا لو غصب شيئاً ونقله إلى موضع يلزمه في رده مؤنة لزمه ذلك ويخالف الخيط فإن ذاك تعلق به حرمة الحيوان وحرمة الحيوان آكد ولهذا لا يجوز أن يمنع فضل الماء لأجل الحيوان ويجوز لأجل المال ولهذا لو أكره على القتل بالمال وجب عليه القود ولو أكره بالقتل لم يجب عندهم.

مسألة: إذا حفر بئراً في أرض غيره جاز له طمها.

وقال أبو حنيفة: ليس له طمها إذا رضي صاحب الأرض.

لنا: هو أنه تعدى بحفرها فله طمها كما لو حفرها في طريق المسلمين.

قالوا: رضي بالبئر فأشبه إذا أذن في حفرها.

قلنا: الرضا مخالف للإذن ألا ترى أن لو أذن له في الخروج سقط عنه الضمان ولو منعه من مداواته لم يسقط عنه الضمان.

مسألة: إذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده كان له نزع الصبغ.

وقال أبو حنيفة: لصاحب الثوب منعه من نزعه.

لنا: هو أنه عين ماله له قلعه برضاه فكان له قلعه بغير رضاه كما لو بني في ملكه.

---

(١) أخرجه البخاري معلقاً (٢/٨٢٣)، والترمذي (٣/٦٦٢) ح (١٣٧٨)، والبيهقي في الكبرى (٦/٩٩) ح (١١٣١٨)، والدارقطني في سننه (٣/٣٥)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٢٤)، وأبو داود (٣/١٧٨) ح (٣٠٧٣)، والنسائي في الكبرى (٣/٤٠٥) ح (٥٧٦١)، والإمام مالك في موطئه (٢/٧٤٣) ح (١٤٢٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٦٨)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢١٣) ح (١٥٥٨).

قالوا: قد صار تابعاً لملكه فأشبه الخيط.

قلنا: الخيط لا يجوز قلعه بالرضا وهذا بخلافه.

مسألة: إذا غصب شاة فذبحها وشواها أو حنطة فطحنها لم يملكها (١).

وقال أبو حنيفة: يملكها (٢).

لنا: هو أنه فعل لو فعله في ملكه لم يزل ملكه فإذا فعله في ملك المغصوب منه لم يزل ملكه كما لو ذبحها ولم يشوها ولا يلزم إحبال الأب جارية ابنه لأن ذاك ليس من فعله ولأنه تعد على ملك الغير ويبطل حكم المالية فلا يزيل ملك المالك عنه أصله ما ذكرناه ولأنه لو ملكه لما وقف تصرفه على الصدقة قبل دفع القيمة، ولأن البائع لو طحن الحنطة لم يملكها فالغاصب أولى.

قالوا: روي أن النبي ﷺ زار قوماً فقدموا له شاة مصلية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال: «**إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق**».

فقالوا: نعم يا رسول الله شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها.

فقال: ﷺ أطعموها الأسرى.

قلنا: تفرد به عاصم بن كليب قال علي المدائني لا يحتج به يعني فيما تفرد به ثم يجوز أن يكون أمر بإطعامه لأنهم ملكوه أو لأنه وجد بالأسرى ضرورة أو رآه مالاً ضائعاً فصرفه إلى الأسرى ليضمن بدله فوجب التوقف فيه.

قالوا: أخرج العين عن المقصود لها بزيادة معنى فزال ملكه عنه كما لو قتل الشاة أو أحبل جارية ابنه.

قلنا: يبطل به إذا ذبح ولم يشعر ويخالف القتل فإنه يبطل معنى الملك فيه ولهذا لو فعله المالك زال ملكه، والإحبال يبطل معنى الملك ولهذا منع من التصرف فيه وهذا لخلافه والأب له حق في جارية الابن فجاز أن يقضى إلى الملك كالشفيع وهذا لا حق له فلا يملك مال غيره بفعله.

مسألة: إذا غصب طعاماً ثم أطعمه المغصوب منه وهو لا يعلم لم يبرأ من الضمان.

وقال أبو حنيفة: يبرأ.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: الكافي لابن قدامة المقدسيّ (٢/٢٢٠)، المغني (٥/٤٠٣)، روضة الطالبين (٥/٤٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦)، الهداية (٤/٣٣٨، ٣٣٩).

لنا: هو أنه أطعمه ما غصبه مع الجهل ولم يبرأ من الضمان كما لو غصبه شاة وشواها وأطعمه ولأنه لم يعرض بأكل ماله فأشبه إذا أكره عليه.

قالوا: أكل طعام نفسه باختياره فأشبه إذا أكله من غير إذن.

قلنا: هناك أكل من غير غرور فرضي بالخسران وهاهنا أكل مع الغرور فلم يرض بالخسران.

قالوا: إباحة الغاصب لا تصح فيصير كما لو أكل من غير إذن.

قلنا: يبطل به إذا أباحه لغير الملك ولأنه ينكسر بالقبض في البيع الفاسد فإنه لا يصح ثم هو كالصحيح في الضمان.

قالوا: رجع إلى يده فأشبه إذا باعه منه أو وهبه.

قلنا: لا نسلم أنه رجع إلى يده لأن اليد ما تسلط به فهو كما لو كان حطباً فقال له أوقده في تنورى وفي البيع أخذ بشرط الضمان وفي الهبة وجهان وإن سلم فلأن عاد إلى يده وسلطانه وهاهنا بخلافه.

مسألة: إذا أراق خمراً على نصراني لم يضمن [١].

وقال أبو حنيفة: يضمن [٢].

لنا: هو أنه عين نجسة فأشبه الميتة والدم، ولأن مالا يضمن في حق المسلم لم يضمن في حق الذمي كالميتة والدم.

قالوا: روي أن عمر كتب إلى عماله ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر أثمانها.

قلنا: أخذ الأثمان غير ثابت وإنما قال ولوهم أربابها ليكونوا هم يبيعونها ومعناه ولا يتعرضوا لهم ثم هو قول واحد من الصحابة.

قالوا: مال لهم كسائر الأموال.

قلنا: إلا أنه ليس بمال في الشرع والاعتبار بالشرع في الحكومات ألا يرى أنه لو أتلف الذمي مصحفاً ضمن بما ضمن به المسلم لأن ما يعتقدونه ضماناً لمثله ولو أتلف المسلم عبداً مرتداً لم يضمن وإن اعتقدوا مالاً.

قالوا: الاعتبار بالذمي بدليل أنه يقر على شربه وإن لم يجز ذلك في الشرع.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٥/١٧)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٢٩).

(٢) الإفصاح (٢/٢٨)، الأحناف مالك. انظر: الهداية (٤/٣٤٧)، المعونة (٢/١٢٢٠).

قلنا: ولكن في التضمين الاعتبار بنا ألا ترى أن المجوس يقرون على نكاح الأمهات ولا نقضي عليهم بالمهر والنفقة والميراث والمسلم يقر عندهم على اقتناء الخمر وتملكها ثم لا يضمن إذا أتلف عليه والمخالف يقر عندهم على أكل الذبيحة التي ترك التسمية عليها ثم لا يضمن إذا أتلف عليه.

قالوا: بالذمة عصمت دماؤهم وأموالهم ثم دماؤهم مضمونة فكذلك أموالهم.

قلنا: دماؤهم تعصم بالإسلام فضمنت بالذمة والخمر لا تعصم بالإسلام فلم يضمن بالذمة.

مسألة: يضمن أم الولد بالغصب.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: هو أنه مملوك فأشبه المدبر.

قالوا: ليست بمال بدليل أنها تعتق من جميع المال ولا يتعلق حق الغرماء برقبتها فهي كالحر.

قلنا: بل هي مال ولهذا يجوز وطؤها وتزويجها واستخدامها وإجارتها ويضمن قيمتها إذا قلت فهي كالمدبر.

مسألة: إذا فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال ضمن في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: هو أنه حل رباطاً عما يمسك به في العادة فصار كحل الزقّ.

قالوا: اجتمع السبب من جهته والمباشرة من جهة الطائر فصار كما لو فتح باباً وسرق منه آخر أو حل عبداً فهرب أو حفر بئراً فدفع فيها غيره إنساناً.

قلنا: السبب غير ملجئ إلى المباشرة لأنه قد يجد الإنسان مالا فلا يسرق ويجد العبد طريقاً فلا يهرب ويصادف بئراً فلا يقع فيها والفتح هاهنا ملجئ إلى الطيران فإن من طبع الطائر النفور من الآدمي والطيران من الحركة فصار كما لو أكره غيره على قتل إنسان ولأن في الأصل لو حرضه على السرقة والهرب والوقوع في البئر لم يضمن وهاهنا لو أهاجه فطار ضمن.

قالوا: لو كان هذا سبباً للضمان لأوجب الضمان وإن تأخر الذهاب عنه كالجناية وحق البئر.

قلنا: (............)[1].

مسائل الشفعة

مسألة: إذا بيع أرض وفيها زرع أو شجر مثمر لم تجب الشفعة في الزرع والثمر.

وقال أبو حنيفة: تجب.

لنا: أن مالا يتبع الأرض في مطلق البيع لم يستحق بالشفعة كثيران الضيعة.

قالوا: متصل بالمشفوع فأشبه النخل والبناء.

قلنا: ذاك يراد للبقاء وهذا ينقل ولهذا يتبع ذاك الأصل في البيع وهذا لا يتبع.

مسألة: لا تثبت الشفعة بالجوار.

وقال أبو حنيفة: تثبت.

لنا: ما روى جابر قال: إنما جعل رسول الله ﷺ «**الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»[2]، وروى سعيد وأبو سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «**قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**»[3] فجعل جنس الشفعة فيما لا يقسم فلا يبقى شفعة تجعل في المقسوم، فإن قيل هو حجة لنا في شريكين بإعادتهما قبل القسمة.

قيل: قوله الشفعة فيما لم يقسم يقتضى أن تكون الشفعة لكونه لم يقسم وفيما ذكروه تثبت الشفعة بكونه جاراً، ولأنا لو أثبتنا الشفعة فيما قالوا لأبطلنا ما عقل من صريحه فمن جمع فيما لم يقسم من جميع الشفعة ولأنه قال في آخره فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصرح بإسقاط الشفعة في المقسوم.

فإن قيل: المراد بقوله فإذا وقعت الحدود فلا شفعة أنه لا شفعة بالقسمة قيل إنما نفي بوقوع الحدود ما أثبته في أوله والذي أثبت في أوله الشفعة فيما بيع فيجب أن يكون الذي بقي هو الشفعة فيما بيع ولأن ملكه محوز عن ملكه فلا شفعة له عليه كالجار المحاذي ولأن الشفعة إنما ثبتت لدخول الشريك على الشريك والاطلاع على حرمه فيضطر إلى مقاسمته

---

(١) بياض في الأصل.

(٢) أخرجه البخاري (٢/٧٧٠) ح (٢٠٩٩).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/١٠٣) ح (١١٣٤٢)، وابن ماجة (٢/٨٣٤) ح (٢٤٩٧)، والإمام مالك في موطئه (٢/٧١٣) ح (١٣٩٥)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٣٧٢) ح (١٥٠٤١).

فينقص ملكه ويحتاج إلى استنبات مرافق في نصيبه كالبئر والبالوعة والباب والممر وغير ذلك وهذا المعنى لا يؤخذ في المحجوز فلم يثبت فيه الشفعة ولأنا لو أثبتنا الشفعة للجار لم يقدم على شراء ملك خوفاً من الشفعة فيحتاج أن يبيعه من الجار بدون الثمن وفي ذلك إضرار بالناس فإن احتجوا بقوله ﷺ «**الجار أحق بصقبه**»(١).

قلنا: يحتمل أن يكون معناه بالعرض عليه فوجب التوقف فيه.

واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ قال: «**الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره**»(٢).

قلنا: لا يعرف هذا في أصل والذي يدل على ضعفه أنه جعل الخليط غير الشفيع والخليط شفيع بالإجماع ثم المراد به في العرض ولهذا قال: «**والشفيع أحق من غيره**» أو «**لا حق لغير الشفيع في الشفعة**».

احتجوا بقوله: «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد**»(٣).

قلنا: قال شعبة سها عبد الملك بن أبي سليمان في هذا الحديث وقال لو روي حديثاً آخر مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه ويدل على ضعفه أنه شرط أن يكون طريقهما واحد وهذا لا يقوله أحد.

واحتجوا بما روى عمرو بن الشريد عن أبيه قال: قلت يا رسول الله إن جاري باع أرضاً وليس لي فيها شرك ولا حق إلا جوار فقال: «**أنت أحق بشفعة جارك**».

قلنا: قال ابن المنذر إسناده مضطرب ثم يحتمل أنه أراد لا شرك لي في الحال وقد كان له شرك عند الشراء.

قالوا: بينهما خلطة في جزء من العقار وهو الجدار فأشبه إذا كان شريكاً في الجميع.

قلنا: لو كان هذا صحيحا لوجب أن لا يقدم عليه الشريك ولاسيما على قولهم فإن صاحب القليل وصاحب الكثير سواء ثم الشركة في الأصل في المقصود والشركة هاهنا في

---

(١) أخرجه البخاري (٦/٢٥٥٩) ح (٦٥٧٦).

(٢) موقوف على شريح أخرجه: ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/٥١٩) ح (٢٢٧٢٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/٧٨) ح (١٤٣٨٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٢٤).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/٦٥١) ح (١٣٦٩)، والبيهقي في الكبرى (٦/١٠٦) ح (١١٣٦٢)، وابن ماجة (٢/٨٣٣) ح (٢٤٩٤)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٣٠٣) ح (١٤٢٩٢).

الحد.

قالوا: الشفعة إنما تثبت في المشاع لأن القسمة فيها تقضي إلى الجوار ولهذا لا يثبت فيما لا تقضى فيه إلى الجوار فلأن يثبت في الجوار المتحقق أولى.

قلنا: لو كان هذا صحيحاً لوجب أن يقدم الجار على الشريك لأن جواره متحقق وجوار الشريك متوهم ولأنه لو كان لما ذكروه لوجب أن لا تثبت الشفعة فيما لا يقسم.

قالوا: الشفعة إنما جعلت لدفع الضرر لما لا يحل مما يكون من الناس على الناس وهذا موجود في الجار.

قلنا: لا نسلم بل الشفعة لما ذكرناه من الضرر الذي لا يتخلص منه إلا بالشفعة وأما مالا يمكن دفعه بالحاكم فلا يحتاج إلى الشفعة ثم يبطل ببطل ما قالوا بالجار المحاذي.

قالوا: نقل ملك يستحق بنوع شركة فاستحق بغير الشركة كالاستيلاء.

قلنا: يبطل بالعتق ثم نقل الملك في الاستيلاء يثبت من غير ملك وهاهنا لا يثبت من غير ملك فدل على الفرق بينهما.

مسألة: لا تثبت الشفعة فيما لا ينقسم على ظاهر المذهب [1].

وقال أبو حنيفة: تثبت [2].

لنا: ما روى عن عثمان أنه قال: لا شفعة في بئر ولا فحل والأُرَّفُ يقطع كل شفعة [3] ولأنه لو فيه الشفعة لم يقدم أحد على شرائه خوفاً من الشفيع فيحتاج أن يبيعه بدون الثمن ولأن الشفعة للضرر الذي بيناه وذلك لا يوجد فيما لا ينقسم.

قالوا: يخاف التأذي على الدوام فيثبت له الشفعة كالمنقسم.

قلنا: يبطل بالجار المحاذي ثم في المنقسم يخاف الضرر بنقصان قيمة الملك بالقسمة ومؤونة المرافق وهذا لا يوجد في هذا.

مسألة: تثبت الشفعة في الصداق وعوض الخلع والإجارة

وقال أبو حنيفة: لا تثبت.

لنا: هو أنه معاوضة يملك بها الشقص من العقار فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع

---

(١) الإفصاح (٢/٣١)، انظر: روضة الطالبين (٥/٧١).

(٢) الإفصاح (٢/٣١)، الفتاوي الهندية (٥/١٦٥).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/١٠٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/٥٢٠) ح (٢٢٧٤٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/٨٨) ح (١٤٤٢٨).

ولأن البضع ذو عوض مسمى أو ذو عوض ممثل فجاز أن تثبت الشفعة في بدله كالثوب ولأنه قطع ملك لدفع الضرر عن المال فجاز أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب.

قالوا: لم يملك بمال فأشبه الهبة والإرث.

قلنا: لا نسلم الوصف في الإجارة لأن المنافع مال، ولأن حكمه حكم المال ألا ترى أنه يضمن بالمسمى والصحيح وبالقيمة في الفاسد ويثبت فيه الرد بالعيب بخلاف الهبة والإرث.

قالوا: لو أثبتنا الشفعة في الصداق قومنا البضع على الشفيع والبضع لا يقوم إلا على زوج أو من له شبهة الزوجية.

قلنا: الثوب لا يقوم إلا على متلف أو صاحب يد ثم إذا ملك به شقص قوم على الشفيع ولأن الثمن لا يستحق إلا على مشتر ثم يستحق على الشفيع لدفع الضرر وعلى أنه لا يقوم على غير زوج ابتداء وهاهنا يقوم عليه بناء وذلك لا يمتنع ولهذا يقول لا يطالب غير الزوج بالمهر ابتداء ثم يطالب به الضامن بناء كذلك هاهنا.

مسألة: الشفعة على قدر الأنصباء في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة في أحد القولين: على عدد الرؤوس.

لنا: هو أنه حق مستفاد بسبب الملك فوجب أن يتقسط حال الاشتراك على قدر الأملاك كالغلة والنتاج والدليل على الوصف أنه لابد من وجود الملك ولأن الشفعة إنما جعلت لدفع الضرر على ما ذكرناه في شفعة الجار ومن زاد ماله زاد ضرورة فوجب أن يكون حقه أكثر.

قالوا: سبب الشفعة ملك الشقص لا قدره وقد استويا في السبب فلم يقدر أحدهما كالابنين في الميراث وكما لو ادعى رجلان ملكا وأقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة أو أعتق أحد الشركاء سدس العبد والآخر ثلثه.

قلنا: ينكسر بالغنيمة فإن سببها الحضور وقد استوى الفارس والراجل في الحضور ثم فضل الفارس على الراجل ويخالف الاثنين فإنهما مستويان في البنوة وهاهنا يختلفان في الملك فهو كالأخت من الأب والأم والأخت من الأب والشهادة ليست بسبب للاستحقاق وهاهنا الملك سبب للاستحقاق وقد تفاوتا فيه وأما العتق فهو خيار وإتلاف، والإتلاف بالسدس والثلث واحد وهذا تملك بمال فوزانه ما يملكه صاحب الثلث والسدس بعتق صاحب النصف.

مسألة: يأخذ الشفيع بالثمن الذي عقد به البيع.

وقال أبو حنيفة: إن حطّ من الثمن شيء أخذ الشفيع بما بقي.

لنا: هو أنه تغيير للثمن بعد لزوم العقد فلا يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولأنه حط بعد لزوم البيع فأشبه حط الجميع.

قالوا: ما ارتفق به المشتري من الثمن لحق العقد في حق الشفيع كأرش العيب وما يأخذه صلحاً عن العيب وما حطّ من الثمن في مدة المجلس.

قلنا: الأرش فقد في مقابلته جزء من المبيع فخرج عن أن يكون ثمناً والإبراء تبرع لا يقابله مبيع والصلح عن العيب لا يجوز في أحد الوجهين وإن جوز لم يثبت في حق الشفيع وإن سلم فالمعنى فيه وفيما يحط في المجلس إذ العقد فيه معرض للفسخ فصار كالإبراء في مدة الخيار وهذا حمل في حال لزوم العقد فلم يلحق بالعقد.

قالوا: إذا حط البعض جعل العقد كالواقع على الباقي ولهذا إذا رد بالعيب أو أقاله رجع بما بقي وكذلك في الشفعة.

قلنا: الشفعة تخالف ما ذكروه ألا ترى أنه لو أبرأه من جميع الثمن لم يلحق بالعقد في حق الشفيع ولو أبرأه من الجميع لحق به في الرد بالعيب والإقالة حتى لا يرجع بشيء.

مسألة: إذا أقر المشتري بأنه اشترى الشقص بألف ثم أقام البائع البينة أنه باعه بألفين أخذ الشفيع بالألف.

وقال أبو حنيفة: يأخذ بألفين.

لنا: هو أنه أقر بأنه لا يستحق الزيادة فلم يأخذ أكثر من ذلك كما لو لم يقم البائع البينة.

قالوا: قد ثبت الألفان بالقضاء فأشبه إذا لم يقر.

قلنا: قد ثبت ذلك في حق البائع دون حق الشفيع كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ثبت رقه في حق البائع دون المشتري فكذلك هاهنا.

مسألة: إذا غرس المشتري أو بنى في الشقص لم يجبره الشفيع على القلع إلا بضمان الأرش.

وقال أبو حنيفة: يقلعه من غير ضمان.

لنا: قوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق ولأنه غراس غير متعد به لم يشترط عليه قلعه ولم يجبر على قلعه على وجه لحقه ضرر كالمستعير والدليل على أنه غير متعد أنه لو رآه القاضي لم يمنعه منه ولأن ما أثبته المشتري لم يقلع لحق الشفيع على وجه يلحقه ضرر كالزرع.

قالوا: تنافى حق الغير فقلع من غير ضمان كبناء الغاصب.

قلنا: الغاصب منعه الشرع من البناء وهذا أذن له الشرع فلا ينقض بالشرع ما أذن فيه الشرع ولأن الغاصب يقلع زرعه والمشتري لا يقلع زرعه ولأن ذاك غرس في ملك غيره بغير إذنه وهذا غرس في ملكه وإنما لغيره فيه حق يملك فهو كما لو غرس فيما وهب له من يملك الرجوع في نفسه.

قالوا: تصرف من جهة المشتري في حق الشفيع فنقض كالبيع.

قلنا: هناك لو أخر نقض ولو زرع لم ينقض ولأن العقود تفسخ بأسباب والغراس لا ينقض إلا بالعدوان ولأنه ضرر على المشتري في فسخ البيع لأن أخذ الثمن من الشفيع والمشتري واحد وفي نقض البناء ضرر عليه.

قالوا: حق الشفيع أسبق فكان بالتقديم أحق كبناء الراهن.

قلنا: الرهن أسبق ثم تقدم الجناية عليه ثم التقديم إنما يكون عند تعذر الجميع ونحن نجمع بينهما والجمع بين الحقين أولى ويخالف الرهن فإنه محبوس بالدين ولهذا لا يملك بيعه وهذا يملك بيعه فلم ينقضِ غراسه من غير ضمان.

مسألة: إذا عفا الولي عن شفعة الصبي والحظ في الأخذ لم يصح العفو.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه حق لازم للمولي عليه في إسقاطه ضرر فلم يملك الولي إسقاطه كالإبراء من الدين ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فلا يملك الولي إسقاطه مع عدم الغبطة كخيار الرد بالعيب.

قالوا: من ملك المطالبة بالشفعة ملك العفو كالشفيع.

قلنا: ينكسر بالدين وسائر الحقوق والشفيع مالك لإسقاط سائر حقوقه فكذلك الشفعة والولي بخلافه.

قالوا: قد بقي في ملكه ما تركه فصار كما لو غصب سلعة فترك شراءها من الحظ في أخذها.

قلنا: هناك لم يثبت له حق وهاهنا ثبت له حق لازم وفي تركه ضرر فلم يجز تركه.

مسألة: إذا لم يطلب الشفعة على الفور بطلت في أصح الأقوال [1].

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩)، وانظر: روضة الطالبين (٥/١٠٧).

وقال أبو حنيفة: له أن يطلب ما دام في المجلس [(١)].

لنا: قوله ﷺ «**الشفعة لمن واثبها**»[(٢)] وروي أنه قال: «**الشفعة كنشطة العقال فإن قيدت وإلا فاللوم على تاركها**»[(٣)] ولأنه خيار وضع لدفع الضرر عن المال ولم يختص المجلس كالرد بالعيب ولأنه أخر طلبها من غير عذر فأشبه إذا قام من المجلس.

قالوا: طلبها قبل القيام من المجلس واشتغاله بما يقطع حكمه فأشبه إذا طلبها على الفور.

قلنا: هناك لم يؤخر الطلب وهاهنا أخر من غير عذر فسقط.

مسألة: إذا شهد على الشفعة ثم ترك سقطت شفعته.

وقال أبو حنيفة: لا تسقط.

لنا: أنه ترك الطلب من غير عذر فأشبه إذا لم يشهد.

قالوا: قد استحقه فلا يسقط بعد ذلك كسائر الحقوق.

قلنا: سائر الحقوق لو تركها في الابتداء لم تسقط، الشفعة تسقط.

مسألة: إذا باع شريكان نصيبهما جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه اجتمع في أحد شطري العقد اثنان فجاز للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما كما لو كان البائع واحداً والمشتري اثنين ولأنه يجوز رد نصيب أحدهما بالغيب فجاز إقراره بالأخذ كما لو كانتا في صفقتين.

قالوا: تبعيض الصفقة على المشتري في الأخذ بالشفعة فأشبه إذا كان البائع واحدًا والمشتري واحدًا.

قلنا: ليس بتبعيض للصفقة بل إنهما صفقتان عندنا.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩)، وانظر: الهداية (٤/٣٥٣)، غنية ذوي الأحكام بها مش غرر الأحكام (٢/ ٢٠٩)، الفتاوي الهندية (٥/١٧١، ١٧٢).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٨/٨٣) ح (١٤٤٠٦/ الشعبي موقوفاً).

وقال الحافظ ابن حجر: لم أجده، وإنما ذكره عبد الرزاق من قول شريح، وكذا ذكره قاسم بن ثابت في أواخر غريب الحديث. انظر/الدراية في تخريج الهداية (٢/٢٠٣)، خلاصة البدر المنير (٢/١٠٢)، نصب الراية للزيلعي (٤/١٧٦).

(٣) قال ابن الملقن: رواه أبو الشيخ وعزاه ابن الملقن لان حزم قال: كما نقله عبد الحق من رواية ابن عمر مرفوعاً وذكره ثم قال: ولم أره في محله. انظر/ خلاصة البدر المنير (٢/١٠٢).

مسألة: ليس لرب المال الأخذ بالشفعة من المضارب.

وقال أبو حنيفة: له ذلك.

لنا: هو أن الملك له فلا يأخذه بالشفعة كما لو اشتراه وكيله ولأنه لو باع لم يأخذ منه المال بالشفعة فإذا اشترى لم يأخذ.

قالوا: له حق في المال فأشبه المكاتب.

قلنا: المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا لا يملك نزع المال من يده وهذا يتصرف لرب المال فهو كالوكيل.

مسألة: لا يأخذ العامل من رب المال بالشفعة.

وقال أبو حنيفة: يأخذ.

لنا: هو أنه يتصرف له فأشبه الوكيل.

قالوا: للعامل حق فأشبه الأجنبي.

قلنا: المرتهن والمستأجر لهما حق ولا يملكان بذلك شفعة.

مسألة: ليس للشفيع أن يأخذ الشفعة من يد البائع بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذ منه.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يأخذ من يد البائع.

لنا: هو أن الشفعة تستحق على المشتري والدليل عليه أنه حق ثبت لغير المتبايعين شرعاً بعد البيع فوجب أن يكون مستحقاً على المشتري كعتق الولد وإذا ثبت هذا لم يجز أن يؤخذ من يد البائع لأنه يفوت التسليم المستحق فيبطل البيع ويبطل الشفعة.

قالوا: الشفعة تثبت برغبة البائع عن الشقص لا يملك المشتري والدليل عليه أنه لو أنكر المشتري الشراء إذا قاله البائع تثبت الشفعة وإن لم يوجد الملك وهذه الرغبة موجودة قبل القبض.

قلنا: بل تثبت لملك المشتري بدليل أنه لو قال بعتك ولم يقبل لم تثبت وأما إذا أنكر فإن عند أبي العباس لا تثبت الشفعة وخرج المزني أنها تثبت لأن ملك المشتري ثبت بإقراره وإذا قاله فسخ الشفيع الإقالة وأعاد المبيع إلى ملك المشتري وهاهنا إذا قبض من البائع انفسخ البيع فيزول سبب الشفعة ولا يجوز أخذ الشفعة مع زوال السبب.

كتاب إحياء الموات

مسألة: ما باد أهله لا يجوز إحياؤه.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه أرض جرى بها من له حرمة فأشبه إذا بقي المالك أو مباح ملك بالعمل فلا يتثنى الملك فيه بذلك العمل كالصيد.

قالوا: موات لا يعرف مالكه فأشبه إذا لم يملك وما باد أهله في دار الحرب.

قلنا: بل يعرف مالكه وهم المسلمون وما لم يملك لاحق لأحد فيه كالصيد المباح وهذا صار للمسلمين بموت أهله فهو كالصيد المملوك وما باد أهله في دار الحرب غير مسلم في أصح الوجهين وإن سلم فلأن مال الحربي يؤخذ بغير اختياره ومال المسلم لا يؤخذ بغير اختياره ولهذا لو وجد مالا في دار الحرب كان غنيمة ولو وجد في دار الإسلام كان لقطة.

مسألة: يجوز إحياء الموات بغير إذن الإمام.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»(١) ولأنه مباح فلا يفتقر التملك إلى إذن الإمام كالصيد والدليل على الوصف أنه يجوز أخذ أجزائه ولو لم يكن مباحاً لم يجز ولأنه سبب من أسباب التملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة والاصطياد ولا يلزم عليه أخذ مال بيت المال لأن الأخذ ليس سبب للتمليك بل هو مملوك قبل الأخذ وإنما الأخذ تعين لما يملكه وإن سلم أنه سبب فلا يفتقر الأخذ إلى الإذن وإنما يفتقر إلى الدفع كالإيجاب لقبول البيع لا يفتقر إلى الإذن فيه.

احتجوا بقول ﷺ «**ليس لكم إلا ما طابت به نفس إمامكم**»(٢).

قلنا: الرسول ﷺ إمام الخلق ولهذا يقال فيه إمام المتقين وقد طابت به نفسه فيما رويناه ثم هو عام فنخصه.

---

(١) أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم من قول عمر (٨٢٣/٢)، وابن حبان في صحيحه (٦١٣/١١) ح (٥٢٠٢)، والضياء في المختارة (٢٩٧/٣) ح (١٠٩٦)، والبيهقي في الكبرى (١٤٢/٦) ح (١١٥٥٢)، والدارقطني في سننه (٣٥/٣)، والإمام الشافعي في مسنده (٢٢٤/١)، وأبو داود (١٧٨/٣) ح (٣٠٧٣)، والنسائي في الكبرى (٤٠٤/٣) ح (٥٧٥٦)، والإمام مالك في موطئه (٧٤٣/٢) ح (١٤٢٤)، والإمام أحمد في مسنده (٣٠٤/٣) ح (١٤٣١٠).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٢٣/٧) ح (٦٧٣٩)، والطبراني في الكبير (٢٠/٤) ح (٣٥٣٣)، وقال الحافظ الهيثمي: فيه عمرو بن واقد وهو متروك، انظر/ مجمع الزوائد (٣٣١/٥).

قالوا: الاجتهاد الإمام فيه مدخل ولهذا إذا أقطع رجلا أرضاً كان أحق بإحيائها ولو حجر رجل أرضاً فإن للإمام أن يطالبه بإتمام العمارة أو التخلية بينه وبينها فافتقر بملكه إلى إذنه كالغنيمة ومال بيت المال.

قلنا: ينكسر بالكلأ فإن له أن يحمي ما يرى ثم لا يفتقر تملكه إلى إذنه والغنيمة مملوكة لأهلها وإنما يفتقر إلى الدفع ثم الغنيمة تفتقر إلى الاجتهاد في قدر ما يعطي الفارس والراجل وأهل الرضخ ومعرفة قدر حاجات أهل الخمس ومال بيت المال للمصالح فوقف على رأي الإمام والموات بخلافه يدل عليه أنه لا يجوز في مال بيت المال أن يبيح ما شاء لمن شاء ويجوز ذلك في الموات.

مسألة: لا يملك الكافر بالإحياء في دار الإسلام.

وقال أبو حنيفة: يملك.

لنا: ما روى أن النبي ﷺ قال: «**موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني**»(١) فجمع الموات كله وجعله للمسلمين فلا يبقى ما يكون للكفار ولأنه أمتن بذلك والكافر لا يعتقد المنة في عطيته ولأنه كافر فلا يملك بالإحياء في دار الإسلام كالحربي.

قالوا: جهة من جهات التمليك فاستوى المسلم والكافر كالبيع والهبة والاصطياد.

قلنا: فيما قسم عليه يستوي المسلم والحربي وفي الإحياء ولا يستويان ولأن في الاصطياد لا يدخل الضرر على المسلم لأنه يستحلف وفي البيع والهبة يتملك برضاه وفي الإحياء يتملك بغير رضاه ويدخل الضرر عليه في التضييق فمنع منه.

قالوا: يملك المحيي فملك بالإحياء كالمسلم.

قلنا: الذمي يملك المنكوحة المسلمة ولا يملك بالنكاح ويملك المال المزكى ولا يملك بالزكاة ثم المسلم من أهل الدار ولهذا يضاف إليه الدار ويقر فيها بغير عوض والذمي ليس من أهل الدار ولهذا لا يقر فيها بغير عوض فلم يملك حقوق الدار كالمستأجر لا يملك شفعة الدار.

مسألة: ما جاور العامر من الموات ولم يتعلق بمصلحة العامر يجوز إحياؤه.

وقال أبو يوسف: لا يجوز أي مدى صوت.

لنا: هو أنه موات لم يملك ولا يتعلق بمصلحة العامر فجاز أن يملك بالإحياء كما لو زاد على مدى الصوت.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/١٤٣).

قالوا: لا تستغني القرية العامرة عما قرب منها من الموات لطرح التبادر وغيرها من المصالح ومقدار ما يبلغه الصوت في حكم القريب ولهذا جعلتم هذا القدر كالحضر في وجوب الجمعة.

قلنا: الحاجة لا تختص بهذا القدر وتخالف الجمعة فإن ذاك ثبت بالتوقيف ولأن النداء للدعاء إلى الصلاة فوجب الإجابة على كل من بلغه وليس في بلوغ الصوت هاهنا هذا المعنى فلم يبين لاعتباره وجه.

مسألة: حريم البئر ما يحتاج إليه.

وقال أبو حنيفة: أربعون ذراعاً.

لنا: هو أن ما لا يحتاج إليه لا يمنع منه دليله ما زاد على ذلك.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**حريم البئر أربعون ذراعاً**»[1].

قلنا: لعله أراد بئر يحتاج في حريمها إلى هذا القدر.

مسألة: لا يجوز للإمام أن يحمي الحشيش في أرض الموات في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: ما روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى البقيع وقال: «**لا حمى إلا لله ولرسوله**» ولأن من لا يملك الحمى لنفسه لم يملك للرعية كالرعية ولأن ما لا يجوز إقطاعه لا يملك حماه كالماء العذب.

قالوا: روي أن عمر حمى أرضاً بالمدينة وولى عليها مولى له يقال له هنيء.

قلنا: لعله حمى ما حماه النبي ﷺ.

قالوا: إمام كالرسول.

قلنا: قد فرق النبي ﷺ بينه وبين غيره فلا يجوز الجمع ولأن النبي ﷺ يملك الحمى لنفسه ولا يملك غيره.

مسألة: ما يثبت في أرض الإنسان من الحشيش ملك لصاحب الأرض.

وقال أبو حنيفة: ليس بملك له.

لنا: هو أنه نماء ملكه فأشبه الشجر والشعر والصوف.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/١٥٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٤٩٤) ح (١٠٤١٦)، وانظر/ الدراية في تخريج الهداية (٢/٢٤٥)، نصب الراية (٤/٢٩٢).

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ**»[1].

قلنا: نحمله على المباح منه.

قالوا: حشيش نابت في الأرض فأشبه النابت في الموات.

قلنا: ذاك نابت فهو كشعر الصيد وهو نابت في مملوك فهو كشعر الغنم.

كتاب اللقطة

مسألة: لا يجوز التقاط الإبل والبقر والطيور [2].

وقال أبو حنيفة: يجوز [3].

لنا: ما روى زيد بن خالد أن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة.

فقال: «**اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرِّفها سنة فإن خاصمها وإلا فاستنفقها**» بها قال: فضالة الغنم.

قال: «**خذها فإنها هي لك أو لأخيك أو للذئب**».

قال: فضالة الإبل فغضب رسول الله حتى احمرت وجنتاه.

وقال: «**مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يأتيها ربها**»[4].

قالوا: ضالة يجوز أخذها للحفظ على صاحبها فجاز التقاطها كالغنم.

قلنا: السنة فرقت بينهما فلم يصح الجمع ولأن في الحفظ على صاحبها حظاً له لأنه ينفق عليها من غير أن يرجع وفي الالتقاط حظ لنفسه فلا يعتبر أحدهما بالآخر.

مسألة: يجوز للغني الانتفاع باللقطة بعد الحوز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى أبي بن كعب.

قال: التقطت على عهد رسول الله ﷺ مائة دينار فأخبرت النبي ﷺ فقال:

---

(١) أخرجه الذهبي في السير (٨٦/١٤)، والمزني في تهذيب الكمال (٣٣٨/٥)، والخطيب في الموضح (٤٨/٢)، وانظر/ نصب الراية للزيلعي (١٤/٤)، خلاصة البدر المنير (١١٣/٢).

(٢) الإفصاح (٥٦/٢)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٤٠٢/٥، ٤٠٣)، الشرح الكبير بها مش المغني (٣٢١/٦).

(٣) الإفصاح (٥٦/٢)، وانظر: الهداية للمرغيناني (٤٧١/٢).

(٤) أخرجه البخاري (٨٥٥/٢) ح (٢٢٩٥).

«**عرفها عاماً**»[١] فعرفتها.

فقال ﷺ: «**اعرف عددها ووكاءها ثم استنفع بها**»[٢] وكان أبي من المياسين، فإن قيل: روي أنه قال كلها فإنك ذو حاجة.

قيل: هذا الحديث رواه عن سلمة بن كهيل الأعمش والثوري وشعبة وعبد الله بن الفضل المدني والأعرج وحماد عن سلمة ولم يذكروا ذلك فلا يلتفت إليه ولأن من ملك الاقتراض استباح بالالتقاط كالفقير ولأنه من أصل الالتقاط فكان من أهل الإنفاق كالفقير ولأنه إذا جاز للفقير أن يأكل فالغني أولى لأن ذمته أملأ ولأنه حكم من أحكام اللقطة فاستوى فيه الغني والفقير كالحفاظ والتعريف والتصدق ولأن هذا جعل بآن العمل فلم يمنع منه الغنا كالغنيمة، فإن قيل: لو كان بإزاء العمل لم يضمن كالغنيمة.

قيل: هو بإزاء العمل بشرط أن الربح بإزاء العمل بشرط أن يسلم رأس المال.

قالوا: أمانة فلا ينتفع به من غير حاجة كالوديعة وقال بيت المال.

قلنا: الوديعة لا يجوز للفقير أكلها واللقطة يجوز للفقير أكلها والوديعة لا يجوز التصدق بها ويجوز التصدق باللقطة ومال بيت المال جعل للمصلحة ولهذا جعل الإمام واللقطة جعلت للتملك ولهذا يجوز لكل واحد فصار كالاحتشاش.

قالوا: إيجاب مال يتعلق بالحول فاختلف فيه الغني والفقير كالزكاة.

قلنا: الزكاة مواساة فلم يكن الغني من أهلها وهذا معاوضة فهو كالقرض.

مسألة: لا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط في أظهر القولين [٣].

وقال أبو حنيفة: يجوز [٤].

لنا: هو أنه ليس من أهل الولاية في المال فأشبه الصبي أو ليس من أهل الشهادة فأشبه المجنون ولأن الالتقاط يضمن ولاية في الحول ومعاوضة في الذمة بعد الحول والفاسق ليس من أهل الولاية والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة صحيحة.

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٣/٤٢١) ح (٥٨٢٠).

(٢) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٤/١٧٨) ح (٦٤٢٨)، والبيهقي في الكبرى (٦/١٩٢) ح (١١٨٦١)، وأبو داود (٢/١٣٤) ح (١٧٠١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٣٧)، والطيالسي في مسنده (١/٧٥) ح (٥٥٢).

(٣) الإفصاح (٢/٥٧)، وانظر: روضة الطالبين (٥/٣٩٣).

(٤) الإفصاح (٢/٥٧)، ووافق الأحناف أحمد انظر: المغني لابن قدامة (٦/٣٦٢)، الكافي لابن قدامة (٢/٢٠٢).

قالوا: يصح إيداعه فصح التقاطه كالحر العدل.

قلنا: الإيداع أمانة برضاء صاحب المال والالتقاط أمانة بغير رضاه فبني للاحتياط ولهذا يصح إقرار الفاسق والعبد على أنفسهما بالحقوق ولا يصح شهادتهما على الغير.

قالوا: لو لم يكن العبد من أهل الالتقاط لم يبن بالدفع إلي السيد.

قلنا: لأن للسيد عليه ولاية فيرى بالدفع إليه كالحر إذا دفع إلى الحاكم.

مسألة: ما يطلب في العادة يجب تعريفه سنة ومن أصحابنا من قال يعرف ما زاد على دينار [(١)].

وقال أبو حنيفة: يعرف دينار ولا يعرف ما دونه [(٢)].

لنا: هو أنه لقطة يتعلق نفس صاحبها بطلبها فأشبه الدينار.

قالوا: ما دون الدينار تافه ولهذا قالت عائشة: ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه فصار كالقليل.

قلنا الخبر يدل على أن التافه لا تقطع فيه اليد ولا يدل على أن مالا تقطع فيه اليد تافه والدليل عليه أنه روي عن عائشة أنها رخصت في السوط وروي أنها قالت لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به والقليل لا يعود صاحبه في طلبه فلا معنى لتعريفه.

مسألة: لا تحل لقطة الحرم في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: تحل.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**إن هذا البلد حرمه الله عز وجل يوم خلق السموات والأرض فهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها ولا تحل لقطتها إلا لمعرف**»[(٣)].

قالوا: أخذ على وجه الأمانة يجوز في الحل فجاز في الحرم كالوديعة.

قلنا: لا يمتنع أن يجوز في الحل ولا يجوز في الحرم كالصيد والاحتشاش ولأنه مخالف للسنة فلم يقبل.

مسألة: إذا لم يشهد على الالتقاط لم يضمن.

وقال أبو حنيفة: يضمن.

---

(١) الإفصاح (٢/٥٧)، ووافق الشافعية أحمد وانظر: روضة الطالبين (٥/٤١٠)، المغني (٦/٣٢٣).

(٢) الإفصاح (٢/٥٧)، وانظر: الهداية (٢/٤٧٠).

(٣) أخرجه البخاري (٢/٦٥١) ح (١٧٣٦).

لنا: أنه أمانة فلم يفتقر إلى الإشهاد كسائر الأمانات.

احتجوا: بقوله: «**من وجد لقطة فليشهد عليها ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب**»[١].

قلنا: نحمله على الاستحباب.

قالوا: إذا لم يشهد فالظاهر أنه أخذها لنفسه فضمن.

قلنا: بل الظاهر أنه أخذ على موجب الشرع ثم يبطل بالوديعة وأخذ مال اليتيم.

مسألة: إذا رد اللقطة إلى مكانها ضمن [٢].

وقال أبو حنيفة: لا يضمن [٣].

لنا: هو أنه ترك مال الغير في مضيعة من غير رضاء صاحبه فضمنه كما لو رد إلى مكان آخر أو موضع لو رد إليه ما أخذ لنفسه لم يبرأ من الضمان فإذا رد إليه ما أخذه لصاحبه لزمه الضمان كالغاصب.

قالوا: من أذن له في أخذ أمانة لم يضمن بالرد كالوديعة.

قلنا: يبطل من خلص مال غيره من العرف ثم رده إلى موضعه وهو أخذ مال غيره بإذنه من غيره ثم رده إلى من أخذ منه، والوديعة لو أخذها لنفسه برئ بالرد إلى صاحبها وهاهنا لا يبرأ.

مسألة: إذا وجد لقطة وهو أمين وجب عليه الأخذ في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أن من أجيز له أخذ مال الغير للحفظ من غير إذنه وجب عليه كالوصي والحاكم.

قالوا: أمانة فلا يجب عليه أخذها كالوديعة.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه والوديعة ينفذ فيها أمر صاحبها ويهبه وهذا لا ينفذ فيه أمره ولا يهبه فهو كمال الصبي.

مسألة: إذا عرفها حولاً ملك في أحد الوجهين بغير اختياره وملك بالتمليك في الوجه

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/١٩٣) ح (١١٨٦٩)، وابن ماجة (٢/٨٣٧) ح (٢٥٠٥)، والإمام أحمد في مسنده (٤/١٦١).

(٢) الإفصاح (٢/٥٥)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: المهذب (١/٤٣٠، ٤٣١)، روضة الطالبين (٥/ ٤٠٦، ٤٠٧)، الكافي لابن قدامة (٢/١٩٩).

(٣) الإفصاح (٢/٥٥).

الآخر.

وقال أبو حنيفة: لا يملك.

لنا: أنه قال أبيح له تناوله بغير إذن مالكه فملكه كالركاز.

قالوا: مال لا يملكه قبل الحول فلا يملكه بعد الحول كالوديعة.

قلنا: قبل الحول لا يملك التصرف فيه بالأكل والصدقة وبعده يملك والوديعة لا يملك التصرف فيها في الحالين فلم يملك.

مسألة: لا تستحق الجعل في رد الآبق من غير شرط.

وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام وهو يساوي أكثر من أربعين درهما استحق أربعين وإن رده من دون ثلاثة أيام يصح له وإن كان قيمته أربعين فما دونه نقص مما يساوي درهماً.

لنا: أنه عمل لغيره عملاً لم يشترط له عليه جعلا فلزمه رد الضالة ولأن الضالة أقرب إلى الضياع من العبد لأنه يندم لخوف الله تعالى وللمودة ويهتدي بخلاف البهيمة فإذا لم يجب في البهيمة ففي العبد أولى فإن قيل البهيمة لا تثبت لها يد على نفسها والعبد تثبت يده على نفسه فإذا رده صار كأنه جدد له ملكه عليه.

قيل: إذا ثبت رقه لم يثبت له يد على نفسه ولهذا لو أقر لغير مولاه لم يقبل إقراره فلا فرق بينه وبين البهيمة ولأن ما لا يجب في رد الضالة لم يجب في رد الآبق كنفقة الطريق ولأنه تخليص مال الغير من الهلاك فأشبه تخليصه من الفرق ولأنه لو استحق البدل من غير شرط لزاد بزيادة العمل كسائر المتلفات.

احتجوا: بما روى عمرو بن دينار أن النبي ﷺ: **قال:** «**في الآبق أربعون درهماً**».

قلنا: هو مرسل وقال أحمد لا يصح في الآبق خبر ولأنه مخالفٌ للأصول فلا يقبل عندهم.

قالوا: إحدى المتبعتين فجاز أن يضمن من غير شرط كالبضع.

قلنا: البدل في البضع تستند إلى عقد وهاهنا البدل حصل من غير عقد ولا شبهة فهو كما لو استدخلت ذكر رجل.

قالوا: إذا جاز أن يضمن الأعيان من غير عقد ولا شبهة مع بذل المالك وهو في السوم جائز مثله في المنافع.

قلنا: البذل في السوم حصل بضمان البدل وهاهنا حصل من غير بدل.

قالوا: ما جرت العادة به كالمشروط والعادة أن لا يرد إلا بعوض فصار كما لو

جلس عند حلاق فحلق رأسه.

قلنا: قد يرد للثوب وللصداقة وللعوض فلا يحمل على العوض وحده والأصل غير مسلم في أحد الوجوه وإن سلم فلأن هناك أمره بالحلق فوزانه أن يأمره برد الأبق وهاهنا لم يأمره فهو كما لو حلق رأس إنسان ابتداء.

كتاب اللقيط

مسألة: لا يصح إسلام الصبي ولا ردته (١).

وقال أبو حنيفة: يصح استحساناً (٢).

لنا: أنه غير مكلف للشرائع فأشبه المجنون أو عقد له بعقد دينه فلا يصح منه كسائر العقود ولأنه لو صح إسلامه لقتل بالرجوع عنه كما بعد البلوغ ولأنه لو صح ردته قتل بها كالبالغ ولأنه إذا لم يصح إقراره بنفسه بالمال القليل فلأن لا يصح إقراره بالدين مع عظمه أولى.

فإن احتجوا: بأن علياً عليه السلام أسلم وهو صغير قال محمد بن إسحاق أسلم وهو ابن عشر سنين وقال عروة أسلم الخليفة عليّ -عليه السلام- والزبير -رضي الله عنه- وهما ابنا ثمان سنين وقال: سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلم.

قلنا: يجوز أن يقال أسلم ولا يكون ذلك صحيحا كما يقال صام الصبي رمضان وصلى الظهر وحج البيت وإن لم يصح ذلك عندهم ولأنه اختلف في إسلامه فروى أحمد في فضائل الصحابة عن الحسن أنه قال: أسلم علي بن أبي طالب وله خمس عشرة سنة أو ست عشر سنة والشعر الذي ذكروه لا يصح عنه.

قالوا: يعقل الإسلام كالبالغ.

قلنا: يعقل الطلاق ولا يصح منه ثم البالغ حجة عليكم فإنه لا يجوز يكون تابعاً ومتبوعاً في الإسلام فليكن الصبي مثله.

قالوا: عبادة فصحت من الصبي كسائر العبادات.

قلنا: يبطل بالعتق ثم نقلب فنقول فلا يلزم الصبي بنفسه كسائر العبادات.

قالوا: الإسلام لا يسقط بحال ولهذا لا يفسخ فلا يجعل الصغر عذراً فيه.

---

(١) الإفصاح (٢/٥٩)، وانظر: مغني المحتاج (٤/١٣٧).

(٢) الإفصاح (٢/٥٩)، ووافق الأحناف أحمد. انظر: الهداية (٢/٤٦٣)، المغني (١٠/٧٥)، (١٠/٨٩).

قلنا: لو صح هذا لوجب أن يصح من الطفل إذا لُقن.

قالوا: لو لم يصح إسلامه لما دعي إليه.

قلنا: يدعى ليألفه ويمرن عليه لما يؤمر بالصوم والصلاة عندهم ولا يصح منه.

مسألة: إذا بلغ اللقيط وذكر أنه كافر أقر عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يقر.

لنا: هو أنه حكم بيت له بظاهر الدار فإذا بلغ وأقر بغيره قبل منه كالحرية ولأنه لو كان مسلماً في الحقيقة لقتل بالكفر.

قالوا: محكوم بإسلامه فلا يقبل منه الكفر بعد البلوغ كولد المسلم.

قلنا: ذاك محكوم بإسلامه ظاهراً وباطناً فلم يقبل غيره منه كولد الحرة لا يقبل منه دعوى الرق وهذا محكوم بإسلامه في الظاهر فهو كاللقيط إذا بلغ وأقر بالرق يؤكده أن في الأصل يقتل على الكفر وهاهنا لا يقتل.

مسألة: إذا مات اللقيط فادعى نسبه رجل ثبت نسبه.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت.

لنا: هو أنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع وجود الإمكان وعدم المنازعة من غير إضرار بأحد فقبل إقراره كما لو كان حيا.

قالوا: لا فائدة في إثبات نسبه إذ لا ينسب إليه.

قلنا: بل فيه فائدة فإنه ينسب إليه كما ينسب في الحياة ويطالب بتجهيزه ومؤنة دفنه.

مسألة: تصح دعوة المرأة للنسب.

ومن أصحابنا من قال: إن كان لها زوج لم يصح ومنهم من قال لا يصح إلا ببينة وهو قول أبي حنيفة.

لنا: أن من صح إقراره بالولد صح بالولد كالرجل، ولأن الرجل يظن أن الولد له ثم يصح إقراره فلأن يصح إقراره هاهنا.

قالوا: يمكن إقامة البينة على ذلك فلا يقبل قولها من غير بينه كسائر الحقوق.

قلنا: الرجل أيضا يمكنه إقامة البينة على أنه ولد فراشه ثم يقبل إقراره والدعوى في سائر الحقوق لها وهذا عليها فهو كالإقرار بسائر الحقوق.

قالوا: فيه حمل نسب على الزوج فلم نقبل كما لو قالت هذا الولد لزوجي.

قلنا: لا يقبل ذلك في حقه كما إذا أقر الزوج بولد قبلناه في حقه دون حقها.

مسألة: إذا بلغ اللقيط وباع واشترى ونكح ثم أقر بالرق يثبت الرق وأحكامه في

أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: ما يضر غيره لا يقبل.

لنا: هو أن ما ثبت به الرق ثبت به أحكامه كما لو ثبت بالبينة.

قالوا: إقراره يقبل على نفسه ولا يقبل على غيره كما لو اشترى عبداً وأقر أن البائع كان أعتقه.

قلنا: لأن المشتري يملك إعتاقه فجعل ذلك كالعتق منه فثبت العتق في الحال ولم يثبت فيما تقدم والرق لا يجوز إيقاعه بعد الإسلام فإذا أقر ثبت الرق من أصله فتعلق به أحكامه.

مسائل الوقف

مسألة: يصح الوقف ويزول به الملك [1].

وقال أبو حنيفة: لا يصح ولا يزول به الملك [2].

لنا: ما روى أن عمر قال يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه.

قال: «**إن شئت حبست أصلها وتصدقت بما لا يباع ولا يوهب ولا يورث فتصدق بها في الفقراء وفي سبيل الله وابن السبيل وفي الضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يعطي منها صديقاً أو يطعم منها غير تماثل مالاً**»[3] فدل على أنه يصير محبوساً بذلك لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولأنه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن وابن مسعود وابن عمر وعبد الله بن الأرقم وابن جهم بن حذيفة وعبد الرحمن بن مطيع والمسور والمقداد وعمرو بن العاص وأنس وفاطمة بنت رسول الله وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنهم أجمعين وعن جابر لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ذو مقدرة إلا وقف وكتب عمر وعلي وابن عمر وعمرو بن العاص بذلك كتباً منعوا فيها من البيع والهبة ولأنه جهة يملك فيها إقطاع الملك عن الورثة بعد موته بالوصية فوجب أن يملك بها في حياته كالعتق ولا يلزم الثمرة

(١) الإفصاح (٢/٤٥، ٤٦)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٥/٣١٤)، الكافي لابن قدامة (٢/١٥٠).

(٢) الإفصاح (٢/٤٥، ٤٦)، وانظر: بدائع الصنائع (٦/٢٢٠).

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٢٥٥) ح (١٦٣٢).

والمعدومة فإنها ليست بملك فإن قيل العتق إتلاف فصح بمجرد القول كالطلاق والوقف تبرع فلم يلزم بمجرد القول كالهبة.

قيل: إذا جاز أن يكون العتق إتلافا ثم اعتبر فيه أن يكون المعتق من أهل التصرف جاز أن يعتبر فيه معنى ينضم إلى القول ولأنه تحبيس أصل وتسبيل منفعة فجاز أن يلزم بفعله في حال الحياة كوقف المسجد فإن قيل القربة في المسجد لله تبارك وتعالى وقد اتصل به الصلاة وهو بمنزلة القربة فصار كقبض وكيل المسكين في الصدقة وهذا قول مجرد قيل ليجب إذا سلم الوقف إلى الحاكم أن يلزم لأنه نائب عن الموقوف عليه في حقوقه كما قال محمد قالوا: روي عن ابن عباس أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض قال النبي ﷺ: «**لا حبس بعد سورة النساء**».

قلنا: المراد به الحبس المسقط لفرائض الله عز وجل وهو ما زاد على الثلث فإن الفرائض به تتعلق.

قالوا: روى بريدة أن رجلاً وقف فأبطله رسول الله ﷺ.

قلنا: إبطال وقف لا يدل على بطلان كل وقف كما لو أبطل بيعاً لم يدل على بطلان كل بيع.

قالوا: روي عن سريج أنه قال جاء محمد ببيع الحبس وروي بإطلاق الحبس.

قلنا: هو مرسل ثم يحتمل أنه أراد الحبس الذي في الجاهلية.

قالوا: روي أن عبد الله بن يزيد جعل حائطاً له صدقة وجعله إلى رسول الله فأتى أبواه النبي ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده عليهما ثم مات فورثهما (١).

قلنا: ذاك كان لأبويه ألا ترى أنه رده عليهما دونه ولأنه ورثهما فلو كان له لما ورثه منهما.

قالوا: إزالة ملك عن غير الرق فلم يصح بقوله كصدقة التطوع والهبة والبيع.

قلنا: نقلب فجاز أن يلزم في حياته من غير حكم قياساً على ما قالوه ثم ذاك نقل ملك إلى آدمي ولهذا يعتبر رضاه فلم يصح بقوله وهذا نقل ملك إلى الله عز وجل ولهذا لا يعتبر فيه الرضا فصح بقوله كالعتق.

قالوا: عقد يقصد به المنفعة فلا يزول به الملك في الرقبة كالإجارة.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/٢٠١)، وابن بشكوال في غوامض الأسماء (١/٤٠٦-٤٠٧).

قلنا: لو كان عقداً لافتقر إلى الرضاء والقبول ثم الإجارة عقد على المنفعة فهو كمخارجة العبد وهذا إزالة ملك عن العين على وجه القربة فهو كالعتق.

يؤكده أن الإجارة لو وصى بها لم يزل الملك في الرقبة بخلاف الوقف.

قالوا: لو زال ملكه لما اعتبر شروطه كالعتق.

قلنا: بالبيع يزول ملكه ثم تعتبر شروطه من الخيار والبراءه من العيوب ثم يبطل به إذا وصى به ويخالف العتق فإن نصف الحر في نفسه معلوم فلا يحتاج إلى شرطه والوقف لا يعلم مصرفه فاعتبر فيه شرطه.

مسألة: يجوز وقف كل ماله غلة.

وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يلزم وقف المنقولات وإن أخرج مخرج الوصية.

وقال أبو يوسف: لا يجوز وقف غير العقار إلا الخيل والسلاح في سبيل الله ونفر الصيغة.

لنا أن النبي ﷺ قال: «**أما خالد فقد ظلمتموه فإنه حبس درعه واعتده في سبيل الله**» ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها فأشبه العقار.

قالوا: منقول لا يبقى على وجه الدهر فهو كالطيب.

قلنا: ذاك لا يصح فيه معنى الوقف لأنه لا يمكن الانتفاع به مع حبس العين وهذا بخلافه.

قالوا: ما لا يبقى وقفه مؤقت فصار كما لو صرح فيه بالتوقيت.

قلنا: ما لا يبقى تمليكه بالبيع مؤقت ثم لا يصير كما لو صرح فيه بالتوقيت.

مسألة: إذا وقف شيئاً وشرط أن ينفق منه على نفسه لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يجوز أن يشرط عليه لنفسه كالعتق.

قالوا: لو لم يجز ذلك ما جاز لمن وقف مسجدا أن يصلي فيه.

قلنا: هناك يجوز من غير شرط وهاهنا من غير شرط لا يجوز.

مسألة: إذا وقف مسجداً ثم خرب ما حوله لم يعد إلى ملكه.

وقال أصحاب أبو حنيفة: يعود.

لنا: هو أنه إزالة ملك الله عز جل على وجه القربة فلم يعد الملك فيه كما لو أعتق عبده.

قالوا: إزالة ملك لجهة قربة من غير إتلاف فإذا استغنى عنه عاد إلى ما كان قبل القربة

كالميت إذا أكله السبع وعليه كفن.

قلنا: يبطل بمن أخرج شيئاً إلى فقير في الزكاة ثم استغنى الفقير والكفن في أحد الوجوه باق على ملك الميت فإذا استغنى عنه قسم بين الورثة فلا نسلم أنه إزالة ملك ومن أصحابنا من قال إنه لله تبارك وتعالى فيعود إلى بيت المال ولا يعود إلى ما كان قبل القربة.

مسألة: إذا وقف على ولده وولد ولده دخل فيه أولاد الابن والبنت.

وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يدخل فيه أولاد البنت.

لنا: هو أن ولد البنت ولد ولده حقيقة فهو كولد الابن ولأنه إذا دخل فيه ولد الابن وهو مظنون فلأن يدخل ولد البنت وهو معلوم أولى.

قالوا: لا ينسب إليه في العادة ولا لشرفه ولهذا قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهنَّ بنو أبناء الرِّجال إلا باعدِ

قلنا: إن لم ينسب إليه إلا أنه ولد ولده يدخل في الوقف كولد المرأة لا ينسب إليها ثم يدخل في وقفها على الولد.

مسائل الهبة

مسألة: تصح هبة المشاع [١].

وقال أبو حنيفة: لا تصح فيما ينقسم [٢].

لنا: هو أنه تمليك مال فصح في المشاع والمفرد كالبيع ولأن ما جاز هبته جاز هبة بعضه دليله ما لم ينقسم.

قالوا: يمكن حيازته فلا يجوز هبته قبل الحيازة كالصوف على ظهر الحيوان.

قلنا: الصوف لا يجوز بيعه والمشاع يجوز بيعه ولأن هناك لو وهب مالا يمكن حيازته وهو يد الشاة أو رجلها لم يجز ولو وهب هاهنا مالا يمكن حيازته وهو المشاع فيما لا ينقسم جاز.

قالوا: الملك في الهبة يقف على القبض كما يقف على القبول في البيع والقبض لا يتم

---

(١) الإفـــصاح (٢/٥٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: الكافي لابن قدامة (٢/٢٦٠)، روضة الطالبين (٥/٣٧٣)، الكافي لابن قدامة (٢/٢٦٠).

(٢) الإفصاح (٢/٥٠)، الهداية (٣/٢٥٢).

إلا بالقسمة ولهذا يجوز للمشتري مطالبة البائع بالقسمة كما يملك مطالبته بالقبض والقسمة لم توجد ولم يقع الملك.

قلنا: القبض يتم دون القسمة ولهذا يتعلق بقبض المشاع جميع أحكام القبض في البيع فدل على تمامه ثم يبطل بما لا ينقسم.

قالوا: لو جوزنا ذلك لزمه مؤونة العتق والهبة تبرع فلا يوجب الضمان.

قلنا: المؤونة لا تلزم بالهبة وإنما تلزم بالشركة كما يلزم المهايأة في المنافع فيما لا ينقسم.

مسألة: إذا وهب ولم يأذن في القبض لم يصح قبضه.

وقال أبو حنيفة: يصح في المجلس.

لنا: هو أنه قبض من غير إذن فأشبه إذا قبض بعد المجلس ولأنه موهوب لا يصح قبضه في غير المجلس فلم يصح في المجلس كما لو نهاه.

قالوا: قوله وهبت يقتضي القبول والقبض ثم القبول يصح في المجلس كذلك القبض.

قلنا: لا نسلم ولأنه لو اقتضى ذلك لما بطل بالمفارقة كما لو صرح له بالإذن ثم يبطل بالبيع فإن قبوله يصح في المجلس ولا يجوز القبض.

مسألة: يجوز للوالد أن يرجع في هبة ولده.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى ابن عباس وابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**لا يحل لرجل يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده. فمثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كالكلب أكل الطعام حتى إذا شبع قاء ثم عاد فيه**»[1].

فإن قيل: المراد به غير الوالد لا يأخذ الانقضاء القاضي والوالد يأخذه بغير القضاء للنفقة.

قيل: لو كان للنفقة لذكر الحاجة ولأن أخذ النفقة ليس برجوع في الهبة ولأن ذاك لا يخص بالهبة، وروى النعمان بن بشير قال نحل أبي غلاماً فقال ﷺ: «**وكل ولدك أعطيته**».

قال: لا.

---

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (٢٤٩/١) ح (٩٩٤)، والترمذي (٤٤١/٤) ح (٢١٣١)، والنسائي في الكبرى (١٢٤/٤) ح (٦٥٣٤)، والطبراني في الأوسط (١٧٣/٤) ح (٣٨٩٨).

قال: فإن قيل لعله لم يقبضه. قيل: لم يستفصل، ولأن ما قبل القبض باق على ملكه فلا يحتاج إلى الرجوع.

قالوا: روي أن عمر كتب إلى سريج من وهب هبة لذي قرابة فإنها صلة فليس له أن يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذي رحم فأثبت منها بما قل أو كثر فليس له أن يرجع فيها.

قلنا: روي أن عمر رضي الله عنه كتب يقتصر الرجل من ولده ما أعطاه ما لم يمت أو يستهلكه أو يقع فيه دين وعن ابن عباس وابن عمر مثل قولنا.

قالوا: حصل له العوض وهو الثواب بصلة الرحم فأشبه إذا تصدق به عليه أو وهب الأجنبي من الأجنبي بعوض.

قلنا: يبطل بهبة ابن العم والأجنبي فإنه حصل به الثواب والصلة وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالهدية صلة بين الناس ثم ترجع عندهم وفي صدقته على الابن قولان وإن أسلم فلأن القصد من ذلك إصلاح أمره مع الله تبارك وتعالى فلم يحتمل الرجوع والقصد بالهبة إصلاح أمر الولد فاحتمل الرجوع أو قد يظهر له الصلاح في الرجوع والأجنبي وهب للمال وقد سلم له وهذا وهب للمصلحة وقد يرى المصلحة في الرجوع فجاز له الرجوع.

قالوا: شخصان لا يجوز لأحدهما الرجوع في هبة الآخر ولا يخاف للآخر الرجوع كالأخوين.

قلنا: الزوج يجوز له مراجعة الزوجة ولا يجوز لها ذلك ويقاد الابن بالأب ولا يقاد الأب بالابن بخلاف الأخوين، ولأن الأخ لا يلي على أخيه في المال بنفسه ويلي الأب على الابن فملك الرجوع عليه.

مسألة: لا يجوز للأجنبي أن يرجع في هبة الأجنبي.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: حديث ابن عباس وابن عمر، ولأنه هبة تمت فيمن لا ولاية بينه وبينه من غير عوض فلم يجز الرجوع فيها كما لو زاد الموهوب.

فإن قيل: في الأصل إنما لم يرجع لأجل الزيادة ثم هو كالصداق إذا زاد لا يرجع الزوج فيه قبل الزيادة لا يمنع الرجوع كما لو لم يعلم صنعه عند الموهوب له، ويخالف الصداق فإن هناك يمكنه أن يرجع بنصف بدله يوم أصدق وهاهنا لا يمكن الرجوع بالبدل ولأن من لا يرجع في هبته إذا زاد لم يرجع إذا لم يزد كالزوجين.

قالوا: هبة الأجنبي يقصد بها العوض في العرف والمتعارف كالمشروط بدليل نقد البدل ولو شرط ولم يثبت رجع فكذلك هذا.

قلنا: لو كان القصد العوض لاختص بالرجوع الأدنى في هبة الأعلى لأنه هو الذي يقصد العوض.

قالوا: تمليك لم يقصد به القربة ولا حصل له عنه بدل فأشبه العارية.

قلنا: لا نسلم أن العارية تمليك ولا نسلم أنه لم يقصد به القربة فإن في هبة الأجنبي قربة وثواباً ثم العارية تبرع لم يتصل به القبض فهو كالهبة قبل القبض وهذا اتصل به القبض.

مسألة: إذا وهب الأدنى من الأعلى وجب العوض في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أن الأدنى لا يهب إلا للعوض في العادة والمتعارف كالمشروط ولو شرط ثبت فكذلك إذا لم يشترط.

قالوا: هبة فلا تقتضي العوض كهبة الأعلى للأدنى وهبة النظير للنظير.

قلنا: هبة الأعلى يقصد بها الإحسان وهبة النظير يقصد بها اكتساب المودة وهبة الأدنى يقصد بها العوض.

مسألة: اذا شرط العوض في الهبة لم تصح الهبة في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تصح.

لنا: هو أنه عقد لا يقتضي العوض فبطل بشرط العوض كالرهن ولأن شرط العوض يخرج عن موضوعه فصار كالبيع إذا خلى عن العوض ولأنه لو اقتضى العوض لأجبر على تسليمه كما يقول في البيع.

قالوا: تبرع فلا يبطل بشرط العوض كالعتق.

قلنا: يبطل بالوقف والعتق يجوز تعليقه على الصفات فإذا علقه على مال فقد علقه على بعض الصفات والهبة بخلافه.

مسألة: الرقبى جائزة وهو أن يقول جعلت هذه الدار لك فإن مت قبلي رجعت إليّ وإن مت قبلك بقيت عليك.

وقال أبو حنيفة: لا تصح الرقبى وهي أن تقول هذه الدار لآخرنا موتاً.

لنا: ما روى عبد الله بن الزبير أن النبي ﷺ قال: «**من أعمر عمرى أو أرقب فهو**

بمنزلة العمرى يرثها من يرثه»[١] ولأن ما ملك المعمر ملك المرقب كالمنافع في حال الحياة.

قالوا: روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى.

قلنا: لا يعرف هذا في أصل.

قالوا: روي عن مجاهد أنه قال الرقبى أن يقول الإنسان هذه للآخر مني ومنك.

قلنا: روى مجاهد عن علي أنه قال الرقبى والعمرى سواء وهما جائزتان.

قالوا: الرقبى هو من الترقب وهو الانتظار ويتحمل أن يكون الموت منتظرا للتمليك ويحتمل أن يكون للرجوع فلا يزال الملك بالشك.

قلنا: لو كان كذلك لما جعله النبي ﷺ كالعمرى في الإرث ولو وجب أن لا يملك به المنافع في حال الحياة.

كتاب الوصايا

مسألة: تصح وصية المراهق وتدبيره في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا تصح.

لنا: ما روى أن غلاما بائعاً أوصى وله عشر سنين فأجاز ذلك عمر، ولأنه يعقل فأشبه البالغ السفيه، ولأنه إن عاش أمكنه الرجوع وإن مات حصل له الثواب فكان أولى من أن يصير إلى غيره.

قالوا: تبرع فأشبه العتق والهبة.

قلنا: لأنه لاحظ له في ذاك لأنه لا يمكن الرجوع فيه وهذا له فيه حظ على ما تقدم فصح.

قالوا: غير مكلف فهو كالمجنون.

قلنا: فرق بين الصبي والمجنون.

كما قلنا: في قبول الهدية من يده والإذن في دخول الدار وجواز بيعه بالإذن عندهم.

مسألة: تصح الوصية للقاتل في أحد القولين[٢].

---

(١) أخرجه مسلم (١٢٤٥/٣) ح (١٦٢٥).

(٢) الإفـــصاح (٦٢/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، وانظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤)، المغني (٥٤٠/٦)، روضة الطالبين (١٠٧/٦).

وقال أبو حنيفة: لا تصح[1].

لنا: هو أنه أجنبي فصحت الوصية له كالصبي، أو تمليك يفتقر إلى القبول فأشبه البيع والهبة أو تمليك لا يمنع منه اختلاف الدين فأشبه ما قلناه[2].

قالوا: روى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال: «**لا وصية لقاتل**»[3].

قلنا: يرويه الحجاج بن أرطأة وهو ضعيف ثم يحتمل أنه أراد به الميراث لأنه يسمى وصية قال الله تبارك وتعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ**﴾ (النساء: من الآية١١).

قالوا: الموصى له شريك الوارث لأنه يزيد حقه بزيادة المال وينقص بنقصانه، ثم الوارث محرم الإرث إذا قتل فكذلك هذا بل الإرث أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والقتل يسقطه فلأن يسقط أولى.

قلنا: الإرث يقتضي الموالاة ولهذا يمنع منه اختلاف الدين والوصية بخلافه، ولأن الوارث ربما استعجل الميراث بالقتل فخرج والموصى له لا يفعل ذلك لأنه لا يرجع في الوصية في آخر تبين وما ذكروه من التأكيد تعارضه أن الوصية تقدم والإرث يؤخر واختلاف الدين يمنع الإرث ولا يمنع الوصية.

مسألة: إذا وصى لجيرانه دخل فيه من كل جانب أربعون داراً[4].

فقال أبو حنيفة: لا يدخل فيها غير الملاصق[5].

لنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقداماً وخلفاً**»[6].

قالوا: الجار هو الملاصق.

قلنا: هذه دعوى ثم يخالف السنة.

قالوا: من لا شفعة له ليس بجار كالبعيد.

---

(١) الإفصاح (٦٢/٢)، وانظر: بدائع الصنائع (٣٣٩/٧).

(٢) الإفصاح (٦٢/٢)، ووافق الشافعية أحمد (في رواية) انظر: المغني لابن قدامة (٥٥٦/٦)، الكافي (٢٧٥/٢).

(٣) عزاه الحافظ ابن حجر للدارقطني من حديث الخليفة علي عليه السلام، قال: وفيه مبشر بن عبيد وهو متروك. انظر/ الدراية في تخريج الهداية (٢٩٠/٢).

(٤) الإفصاح (٦٢/٢)، وانظر: الهداية (٦٠١/٤).

(٥) انظر/ البحر الرائق (٥٠٥/٨).

(٦) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٣٨٥/١٠) ح (٥٩٨٢)، وانظر/ التلخيص الحبير (٩٣/٣).

قلنا: عندكم أهل الدرب يثبت لهم الشفعة ثم لم يدخلوا في الجوار ثم الشفعة تثبت لدفع الضرر وذلك لا يوجد والوصية تعلقت بالاسم فاعتبر فيها اسم الشرع.

مسألة: إذا وصى لقبيلة كثيرة صحت الوصية في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا تصح.

لنا: أن كل طائفة جازت الوصية لكل واحد منهم جازت الوصية لهم كالفقراء.

قالوا: القصد التمليك دون القربة لأن فيهم أغنياء والتمليك لا يصح لغير معين ولهذا لو قال بعت من رجل أو لرجل على شيء لم يصح.

قلنا: بل القصد القربة ويحصل ذلك بالأغنياء والفقراء فلم يصح ما قالوا.

مسألة: إذا وصى للموالي وله موالي من أعلى وأسفل صحت الوصية وتصرف إليهما.

وقال أبو حنيفة: لا تصح.

لنا: هو أنهما فريقان تصح الوصية لكل واحد منهما فإذا وصى بلفظ تناولهما حمل عليهما كالشافعية والحنفية، ولأنه لو حلف يكلم موالي فلان دخل الفريقان في اليمين فكذلك هاهنا.

قالوا: معنيان مختلفان فلم يحمل عليهما اللفظ الواحد.

قلنا: هذه دعوى، ثم تبطل بمسألة اليمين وبالشافعية والحنفية إذا وصى للفقهاء.

مسألة: تصح الوصية للحربي على المنصوص.

وقال: ابن القاضي لا تصح وهو قول أبي حنيفة.

لنا: أن من صح مناكحته صحت الوصية له كأهل الذمة، أو تمليك يفتقر إلى القبول فأشبه البيع.

فإن احتجوا بقوله عز وجل ﴿**لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ**﴾ (الممتحنة: من الآية٨).

قلنا: هذا استدلال بدليل الخطاب وهم لا يقولون به ونحن نقدم عليه القياس.

قالوا: مال يستحق بالموت فلم يثبت بين الحربي والمسلم كالإرث.

قلنا: الإرث لا يثبت بين المسلم والذمي وتثبت الوصية.

مسألة: إذا أوصى لأقارب فلان دخل فيه كل من يعرف بقرابته.

وقال أبو حنيفة: لا يدخل فيه الوالد والولد ولا ابن العم، فالدليل على الوالد أن من

دخل في الأمان باسم القرابة دخل في الوصية باسم القرابة كالأخ والعم والدليل على أنه يدخل بنو العم أنه يعرف بأقاربه فأشبه الأخ والعم.

قالوا: في الوالد والولد أنه لا يسمى قريباً في العادة ولهذا أفرده الله تبارك وتعالى بالذكر.

فقال: ﴿لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾ (البقرة: من الآية١٨٠) فأشبه الأجنبي.

قلنا: الأخ لا يسمى في العادة قريبا ثم يدخل في الوصية ولأنه لو صح هذا لوجب أن لا يدخل في الأمان والأجنبي ليس من الأقارب وهذا من الأقارب وإنما أفرده الله تعالى بالذكر للتفضيل كما أفرد جبريل وميكائيل فقال: ﴿وَمَلائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾ (البقرة: من الآية٩٨) وإن كانوا من جملة الملائكة.

قالوا: في بني العم إنه مال يستحق بالقرابة لا بالإرث فلم يدخل بنو العم فيه كالنفقة.

قلنا: النفقة لا تجب للأخوة مع اختلاف الدين مع الغناء ويجب لهم الوصية ولأنه يعارضه أنه مال يستحق بالقرابة بشرط الموت يدخل فيه بنو العم كالميراث.

مسألة: إذا وصى لأقارب فلان سوى بين القريب والبعيد.

وقال أبو حنيفة: يبدأ بالأقرب فالأقرب.

لنا: هو أنه عطية علقت على صفة اشتركوا فيها فأشبه الوصية للأخوة.

قالوا: مال يستحق بالقرابة فيبدأ بالأقرب كالميراث.

قلنا: لو كان كالميراث لقدم الأب والابن ولأن الميراث يستحق بقرابة مخصوصة وهي الأبوة والأخوة والوصية تستحق بالقرابة المطلقة.

مسألة: إذا وصى بسهم من ماله دفع إليه أقل القليل.

وقال أبو حنيفة: في إحدى الروايتين يعطي أقل نصيب الورثة ما لم يزد على السدس وفي الأخرى يعطى أقل نصيب الورثة ما لم ينقص عن السدس.

لنا: أن السهم يقع على القليل والكثير ولهذا يقول سهم من سهمين ويزيد النصف وسهم من عشرة ويزيد العشر فأشبه النصيب.

قالوا: روى عبد الله أن رجلاً جعل لرجل سهماً من ماله على عهد رسول الله فجعل له السدس.

قلنا: لا يعرف ثم هم يضمرون وكان أقل نصيب الورثة ونحن نضمر وكان ذلك برضاء الورثة.

قالوا: قال أناس من معاوية السهم في كلام العرب السدس.

قلنا: لا نعرف هذا ولو صح لذكره أهل اللغة.

قالوا: الوصية دخيل على الفرائض كالعول وأقل ما يعول السدس.

قلنا: السهم العائل هو السبع ثم لو صح هذا لتقدر به الوصية بالنصيب والقسط

مسألة: إذا وصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما على التفاضل.

وقال أبو حنيفة: يقسم بينهما بالتسوية.

لنا: أن ما قسم بين الشركاء على التفاضل عند الوفاء قسم على التفاضل عند النقصان كالفرائض بين الورثة عند العول والتركة بين الغرماء ولأنهما وصيتان صدرتا من الموصي في ماله على التفضيل فوجبت القسمة بينهما على التفضيل كما لو وصى لأحدهما بمائة وللآخر بمائتين وثلاثمائة أو وصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالربع.

قالوا: ما زاد على الثلث لا يستحق بالوصية بحال فلا يصرف به كمال الغير.

قلنا: عندهم قد يستحق ما زاد على الثلث وهو إذا مات ولا وارث له وإنما لا يستحق إذا مات وله وارث وهذا موجود فيمن أوصى لأحدهما بمائة وللآخر بمائتين وثلاثمائة فإن ما زاد هاهنا لا يستحق بالوصية ثم يضرب به صاحب المائتين ويخالف مال الغير فإن ذاك لا يدخل في الوصية ولهذا لا يتقدر بالإجارة وهذا بخلافه.

قالوا: الزيادة مقسومة بالرد فأشبه إذا رجع فيها الموصي.

قلنا: يبطل بالوصيتين بالمائة والمائتين ويخالف إذا رجع فإن هناك قصد إلى إبطال التفضيل وهاهنا قصد التفضيل فوجب التفضيل نفسه أنه لو رجع في الزيادة في المائة والمائتين أو في الثلث والربع لم نقسم الثلث على التفضيل ولو رد الورثة قسم الثلث على التفضيل.

مسألة: إذا أوصى لرجل بجميع ماله وللآخر بثلث ماله وأجاز الورثة قسم على أربعة.

وقال أبو حنيفة: في إحدى الروايتين لصاحب الثلث السدس ولصاحب الكل الباقي.

لنا: هو أنها فروض مختلفة اجتمعت في المال فإذا عجز المال عنها دخل النقص على الجميع كأصحاب المواريث وأصحاب الديون.

قالوا: صاحب الكل لا منازع له في الثلثين فسلم له وبقيت المنازعة بينه وبين صاحب الثلث في الثلث فجعل بينهما تصفية كرجلين تنازعا داراً وأقام أحدهما بينة أن

الجميع له وأقام الآخر بينة أن نصفها له.

قلنا: بأصحاب المواريث وأصحاب الديون وفي الأصل أربعة أقوال لا نسلم على ثلاثة منها.

مسألة: لا تصح الوصية بما زاد على الثلث في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تصح ويقف على الإجازة.

لنا: هو أنه مال للوارث ملكه بموت الموصي فلا يملك إلا من جهته كسائر أمواله ولأنه يعتبر من ثلث الوارث فكان التمليك من جهته كسائر هباته فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة**».

قلنا: يحتمل أن يكون معناه إلا أن يهب الورثة فإن الهبة تسمى إجازة ولهذا يقال لعطاء السلطان الجوائز.

قالوا: تصرف صادف ملكه وإنما تعلق به حق الفسخ فإذا أسقط الوارث حقه من الفسخ صار كالثلث الذي لا حق له.

قلنا: لا نسلم بل صادف ملك غيره إذ لاحق له فيما زاد على الثلث ويخالف الثلث فإنه ماله ولهذا لا يعتبر من ثلث الوارث وما زاد يعتبر من ثلثه.

مسألة: إذا باع في مرضه شيئاً من الوارث بثمن المثل جاز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: هو أنه عقد فلزم من رأس المال مع الأجنبي فجاز مع الوارث كالبيع في حال الصحة ولأنه لو تزوج ابنة عمه وهي وارثة عندهم على مهر مثلها جاز فكذلك إذا باع منها بثمن المثل.

قالوا: المنع في حق الوارث يتعلق بغير المال ولهذا لا يجوز بالثلث وإن كان يملك صرفه إلى الأجانب وقد خصه هذا المعنى فوجب أن لا يجوز.

قلنا: لأن في صرف الثلث إليه إيثار أو ميلا وليس في البيع بعوض المثل هذا المعنى فوجب أن يجوز.

مسألة: يملك الموصى له بالقبول في أحد الأقوال وفي الثلث موقوف فإن قيل تبين أنه ملك بالموت وإن رد تبين أنه لم يملك وفيه قول ثالث إنه يملك بالموت.

وقال أبو حنيفة: يدخل بالموت في ملك الوارث فإذا قيل انفسخ ملك الوارث ودخل في ملك الموصى له فالدليل على أنه يملك بالموت أنه مال لا يستحق إلا بالموت فأشبه الميراث ولأن الميت لا يجوز أن يملك ولا الوارث لأن الإرث يقدم عليه الوصية فثبت أنه

للموصى له.

قالوا: عقد فيه إيجاب وقبول فلا يملك فيه قبل القبول كالبيع والهبة.

قلنا: هناك لا يلزم قبل القبول وهاهنا يلزم قبل القبول فجاز أن يملك قبله.

مسألة: إذا مات الموصى له قام وارثه مقامه في القبول.

وقال أبو حنيفة: يملك الوارث بموته.

لنا: هو أنه وصية لمعين فلا يلزم دون القبول كما لم يمت ولأن الوارث يملك من جهته فلا يجوز أن يملك ما لم يملكه.

قالوا: خيار يملك فلا يورث كالقبول في البيع.

قلنا: يبطل بالرد ثم نقلب فنقول فلا يقع الملك بالموت كخيار القبول ولأن خيار القبول يبطل بالتأخير وهذا لا يبطل.

مسألة: إذا وصى من لا وارث له بجميع ماله بطلت الوصية فيما زاد على الثلث.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل.

لنا: أن لماله مصرفاً حكميا فلا ينفذ وصيته فيما زاد على الثلث كما لو كان له ورثة.

فإن قيل: لأن في الأصل يدخل عليهم الضرر ولا ضرر هاهنا على أحد.

قيل: يبطل من مات عن درهم وله جماعة ورثة ولأن له من يعلقه فلا يوصي بما زاد على الثلث كما لو كان له والي وأعمام ولأن المسلمين الأقارب.

قالوا: ليس لماله مستحق معين موضع ماله حيث شاء كالصحيح.

قلنا: المسلمون يستحقونه وهم معينون ولأنه وإن لم يكن له مستحق معين إلا أن له جهة معينة والجهة المعينة كالمستحق المعين بدليل أن الدين الثابت لكل واحد منها يمنع الوصية وكذلك الاستحقاق ويخالف الصحيح فإنه ليس لماله مصرف مستحق يوضع ماله حيث شاء.

قالوا: الموصى له شريك الوارث ثم الوارث يرث بعض المال عند المزاحمة وجميعه عند عدم المزاحمة فكذلك الموصى له.

قلنا: الوارث الذي له سهم مقدر يدفع إليه سهم ثم الباقي لبيت المال فكذلك الموصى له جعل له الثلث وجب أن يدفع إليه ويجعل الباقي لبيت المال.

مسألة: إذا وهب ثم وهب أو أعتق ثم أعتق قدم الأولى منهما [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يقدم [(٢)].

لنا: أنهما عطيتان متجزئتان معبرتان من الثلث عجز الثلث عنهما فقدم الأولى منهما كما لو باع وحابى ثم وهب ولأنه عطية لا يملك الرجوع فيها فلا يملك مزاحمتها بغيرها أصله ما ذكرناه.

قالوا: عطيتان من جنس واحد فأشبه الوصيتين.

قلنا: وإن استويا في الجنس إلا أنهما اختلفا في السبق فقدم السابق منهما بخلاف الوصيتين فإنهما يتجزءان بالموت فاستويا ولأن هناك يملك الرجوع فيهما فملك الرجوع في بعضهما بالمزاحمة وهاهنا لا يملك.

مسألة: إذا أعتق ثم حابا قدم العتق.

وقال أبو حنيفة: هما سواء.

لنا: ما مضى في المسألة قبلها.

قال: للعتق قوة السبق وللمحاباة قوة وهو أنه حق الآدمي فاستويا.

قلنا: بل العتق أقوى لأنه يجمع حق. حق الله عز وجل وحق الآدمي وله تغليب وسراية وإذا وقع لا يلحقه الفسخ وعلى أنه وإن كان حق الآدمي أقوى إلا أن العتق سبقه بالاستحقاق فلا يؤثر فيه قوة ما بعده.

مسألة: إذا وصى بأن يعتق عنه عبد بمائة فنقص الثلث عن المائة اشترى بما يوجد.

وقال أبو حنيفة: بطلت الوصية.

لنا: أن كل وصية وجب إنفاذها إذا احتملها الثلث فإذا عجز عن الثلث وجب إنفاذ ما احتمله الثلث كما لو وصى له بمائة أو يحج عنه بألف من بلده.

قالوا: من أمر شراء عبد بمائة لم يجز أن يشتري بما دونه كالوكيل.

قلنا: يبطل بمسألة الحج أو بمن قال اشتر عبداً بألف فاشترى عبداً يساوي ألفاً بخمسمائة.

---

(١) الإفــصاح (٢/٦٢)، ووافق الشافعية أحمد (في إحدى روايتيه) انظر: روضة الطالبين (٦/١٣٥)، المغني (٦/٥٩١).

(٢) الإفصاح (٢/٦٢)، ووافق الأحناف مالك وأحمد (في الرواية الأخرى) انظر: الفتاوى الهندية (٦/ ١١٥)، المدونة (٤/٢٩٩، ٣٠٠)، المغني (٦/٥٩١).

مسألة: إذا قضى المريض دين بعض الغرماء لم يكن للباقين مخاصمته على ظاهر النص ومن أصحابنا من قال لهم ذلك وهو قول أبي حنيفة.

لنا: أنه حق واجب فاستوى فيه الصحة والمرض كالإقرار بالنسب ولأن قضاء الدين يعتبر من رأس المال فاستوى فيه الصحة والمرض كالإنفاق على نفسه.

قالوا: تعتبر عطيته من الثلث فلم يملك تخصيص بعضهم بقضاء الدين كما بعد الموت.

قلنا: لو وصى أن يكفن بالناعم بعد الموت لمنع ولو لبس الناعم وأكل الطيب في المرض لم يمنع.

قالوا: تعلق حق الغرماء بماله فلا يملك أن يخص بعضهم بقضاء الدين كالمرهون.

قلنا: لو كان كذلك لمنع لبس الناعم وأكل الطيب كما يمنع في المرهون.

مسألة: نفقة العبد الموصى بخدمته على الورثة ومن أصحابنا من قال على الموصى له وهو قول أبي حنيفة.

لنا: هو أنه عقد على الخدمة فلا يوجب النفقة على المعقود له كالإجارة.

قالوا: يملك المنافع من غير أن يعوض المالك عنها فأشبه المكاتب.

قلنا: يبطل بالمستأجر إذا يرى من الأجرة والمكاتب كالخارج من ملكه وهذا باق على ملكه.

مسألة: يجوز للموصى له بالخدمة إجارة العبد.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه استوجب الخدمة فجاز أن يؤجرها كما استأجره، ولأن ما جاز الاعتياض عليه إذا ملكه بعوض جاز إذا ملكه بالوصية كالنفقة.

قالوا: ملك المنافع من غير عوض فأشبه المستعير.

قلنا: المستعير لا يملك ثم تنكسر بالغير إذا وصى له بها أو وهب له فإنها ملك من غير عوض ثم يملك بيعه.

مسألة: إذا ركب البحر فموج وخاف الغرق فوهب أو كان في الحرب فالتحمت ووهب اعتبر ذلك من رأس المال في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تعتبر من الثلث.

لنا: هو أنه صحيح فأشبه إذا كان في الحرب ولم يلتحم أو دخلت الحامل في شهر الوضع أو أسره الكفار.

قالوا: يخاف التلف فأشبه المريض.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه.

مسألة: إذا اعتقل لسانه فقرأ عليه الوصية فأشار صحت الوصية [1].

وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يؤنس من نطقه [2].

لنا: أن أمامة بنت أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان وفلان كذا فأشارت أي نعم فرفع ذلك إلى الصحابة فرأوا أنها وصية جائزة ولأنه غير قادر على النطق فأشبه ما بعد الحول.

قالوا: لم يؤنس من كلامه فأشبه الساكت.

قلنا: ذاك قادر وهذا عاجز فقامت الإشارة مقام النطق.

مسألة: لا تصح الوصية إلى العبد.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يوصي إلى عبده.

لنا: هو أنه ليس من أهل الشهادة فأشبه المجنون أولا يلي على أولاده في المال فلا يلي على أولاد غيره كالمجنون، ولأنه وصية إلى عبد فأشبه إذا كان في الورثة كبير.

قالوا: مكلف غير مولى عليه فأشبه الحر.

قلنا: بل هو مولى عليه من جهة الحاكم والحر يجوز الوصية إليه وإن كان في الورثة بالغ لا يجوز إلى العبد.

مسألة: إذا وصى إلى فاسق لم يصح وصيته.

وقال أبو حنيفة: يصح ويخرج.

لنا: أن من لا يجوز إقراره على الوصية لم يصح الوصية إليه كالمجنون أو ليس من أهل الشهادة كالمجنون.

قالوا: من جاز توكيله جاز الوصية إليه كالعدل.

قلنا: الفاسق يجوز إقراره على التوكيل ولا يجوز على الوصية والعدل من أهل الشهادة وهذا بخلافه.

مسألة: لا يجوز الوصية إلى من ينظر في مال الصغار مع وجود الجد.

---

(١) الإفصاح (٢/٦٥)، ووافق الشافعية مالك انظر: الشرح الكبير بهامش المغني (٦/٤٤٦).

(٢) الإفصاح (٢/٦٥)، ووافق الأحناف أحمد انظر: الشرح الكبير بهامش المغني لابن قدامة (٦/٤٤٦)، الشرح الكبير بهامش المعنى (٦/٤٢٠).

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه لا يثبت له بالشرع فلا يملك فعلها عنه بالوصية كولاية النكاح ولأنه يتصرف بتفويض فلم يتصرف مع الجد كالحاكم.

قالوا: يتصرف بإذن الأب فقدم على الجد كالوكيل قلنا يجوز أن يقدم الوكيل دون الوصي كما قلنا في النكاح.

مسألة: إذا وصى إلى رجل في شيء لم يصر وصياً في غيره.

وقال أبو حنيفة: يصير وصياً في كل شيء.

لنا: هو أنه استنفاذ التصرف بالإذن فلم يتصرف فيما لم تجعل إليه الوكيل والمضارب ولأنه لو وصى له بشيء لم يتعد ما وصى به فكذلك إذا وصى إليه في شيء لم يتعد ما وصى إليه.

قالوا: ينظر بولاية فلم يختص تصرفه كالأب والجد والدليل على الوصف أنه لو كان ينظر بتوليه لنا بالموت كالوكالة.

قلنا: بل ينظر بتوليه لكن المعلق على صفة مطلقة يبطل بالموت والمعتق نصفه بعد الموت لا يبطل وإن كان الجميع يعقده ثم يبطل العلة بولاية الحاكم والأب والجد يتصرفان من جهة الحكم فهو كالملك بالإرث وهذا يتصرف بالأمر فاختص بما تناوله الأمر كالملك بالوصية له ثم ذاك حجة عليهم فإنه استفاد الولاية بالشرع فقصر على ما جعل إليه الشرع حتى لا يملك العتق والهبة فكذلك هذا استفاد بالوصية يقصر على ما وصى إليه.

مسألة: لا يجوز للوصي أن يوصي إلى غيره وإن قال جعلت إليك أن توصي ففيه قولان.

وقال أبو حنيفة: يجوز في الموضعين أن يوصي إلى غيره.

لنا: هو أنه يتصرف بتولية فلم يملك الوصية كالوكيل، أو تفويض مطلق فلا يملك به النقل إلى غيره كالمضارب والوكيل.

قالوا: استنابة في التصرف فملك الوصي كالتوكيل.

قلنا: التوكيل فيما لم يجز العادة أن يتولاه من ضرورة الوصية ولهذا يملك الوكيل ذلك بمطلق الوكالة وليس من ضرورة الوصية أن يوصي إلى غيره لأن هناك من ينظر بعد موته وهو الحاكم.

مسألة: إذا وصى إلى نفسين لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف.

وقال أبو حنيفة: يجوز في رد الوديعة وقضاء الدين وتفرقة الثلث وشراء الكفن والنفقة على الأيتام وكسوتهم وعتق عبد يعينه استحساناً.

لنا: هو أنه تصرف أشرك فيه بين نفسين فلم يجز لأحدهما أن ينفرد به كالوكيلين في البيع.

قالوا: في تأخير هذه الأشياء إلى أن يجتمعا ضرر.

قلنا: يبطل به إذا وكل رجلين في بيع ما يسرع إليه الفساد ولأنه إذا خيف الضرر قام القاضي مقام الغائب فيدفع الضرر.

قالوا: رد أحدهما للوديعة وعتقه للعبد المعين كردهما وعتقهما فجاز أن ينفرد به.

قلنا: رد الأجنبي وعتقه كرد الوصي وعتقه ثم لا يجوز ذلك.

مسألة: لا يجوز للوصي أن يتبع مال الولد الرشيد.

وقال أبو حنيفة: يجوز إذا كان هناك صغيراً ودين على الميت أو وصية وفي بيع الجميع توفير.

لنا: أنه مال رشيد لا حق عليه فلا يجوز بيعه بغير إذنه كالذي لم يرثه.

قالوا: قائم مقام الميت وللميت بيع الجميع.

قلنا: الميت يملك بيع الجميع من غير حاجة والوصي لا يملك ولأنه قائم مقام الميت في حق الصغير دون الكبير والميت لا يملك بيع مال الكبير فلا يملك الوصي.

مسألة: لا يجوز للوصي أن يشتري مال اليتيم.

وقال أبو حنيفة: يجوز بأكثر من ثمن المثل.

لنا: قوله ﷺ لا يشتري الإمام من مال المغنم ولا الوصي من مال اليتيم ولا يتزوج الولي وليته، ولأن من لا يجوز أن يشترى بثمن المثل لا يجوز أن يشتري بأكثر منه كالوكيل.

قالوا: ولاية مستحقة بموت الأب فملك بها الشراء لنفسه كولاية الجد.

قلنا: للجد الشراء بثمن المثل لا يجوز للوصي.

مسألة: إذا وصى إليه أن يضع ثلثه حيث شاء لم يجز أن يصرفه إلى نفسه [١].

وقال أبو حنيفة: يجوز [٢].

---

(١) الإفصاح (٢/٦٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: المرجع السابق.

(٢) الإفصاح (٢/٦٥).

لنا: أنه تمليك ملكه بالإذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وكله في بيع سلعة أو قال له أعط من شئت.

قالوا: الأذن عام.

قلنا: يبطل بالتوكيل في البيع وبقوله أعط من شئت.

مسألة: إذا ادعى الوصي دفع المال إلى الصغير بعد البلوغ لم يقبل منه إلا ببينة [١].

وقال أبو حنيفة: تقبل لنا أنه ادعى دفع المال إلى من لم يأتمنه عليه فأشبه إذا ادعى الغاصب رد المغصوب [٢].

قالوا: أمين فأشبه إذا ادعى الإنفاق أو التلف أو ادعى المودع رد الوديعة.

قلنا: الإنفاق والتلف يتعذر إقامة البينة عليه والرد لا يتعذر والمودع ائتمنه عليه المودع فقبل قوله عليه والوصي لم يأتمنه عليه الصبي فلم يقبل قوله ولأن الله تعالى قال في الأمانة: ﴿**أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**﴾ (البقرة: من الآية٢٨٣) ولم يأمر بالشهادة وقال في الصبي: ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ**﴾ (النساء: من الآية٦) فدل على الفرق بينهما.

كتاب العتق

مسألة: إذا أعتق المعسر نصيبه من العبد لم يجب عتق الباقي.

وقال أبو حنيفة: يجب بالاستسعاء أو بأن يعتق الشريك نصيبه.

لنا: ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**من أعتق شركاً له في عبد وكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما بقي**»[٣] ولأن بالاستسعاء عتق على مال فلا يجبر العبد كالكتابة وكما لو قال إذا أديت إلي ألفا فأنت حر، ولأنه إذا لم يجب على المعتق وهو حر وهو المعتق فلأن لا يجب على العبد أولى.

قالوا: روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**من أعتق شركا له في مملوك فعليه خلاصه في ماله فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشفوق عليه**».

---

(١) الإفصاح (٢/٦٥)، ووافق الشافعية مالك. انظر: المرجع السابق.

(٢) الإفصاح (٢/٦٥)، ووافق الأحناف أحمد. انظر: المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري (٢/٨٨٥) ح (٢٣٦٩)، ومسلم (٣/١٢٨٧) ح (١٥٠١).

قلنا: الاستسعاء يفرد به سعيد بن أبي عروبة ولم يذكر شعبة وهشام الدستوائي عن قتادة وهما أحفظ من سعيد.

وروى همام الاستسعاء من قول قتادة، ولأنه حجة لنا لأنه بشرط لا يشق عليه فدل على أنه لا يجبر عليه.

قالوا: عبد عتق بعضه فوجب عتق الباقي كما لو كان المعتق موسرا.

قلنا: الموسر يقوم عليه والمعسر لا يقوم عليه ولأنه لا ضرر على الشريك في تكميل عتق الموسر وعليه ضرر في تكميل عتق المعسر ولهذا يجوز للموسر الأخذ بالشفعة ولم يجز للمعسر.

قالوا: ما لا يتبعض استوى فيه اليسار والإعسار كالطلاق.

قلنا: الطلاق صادف ملكا لا حق للغير فيه فهو كما لو كان العبد له والعتق صادف ما للغير فيه حق فاختلف فيه اليسار والإعسار.

مسألة: إذا كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال:

أحدهما: في الحال. والثاني: يدفع القيمة. والثالث: موقوف.

وقال أبو حنيفة: لا يعتِق في الحال ويخير الشريك بين أن يعتق نصيبه وبين أن يقوم على المعتوق وبين أن يستسعى العبد.

لنا: ما روى أن رجلاً أعتق شقصًا له من غلام فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «**هو حق كله ليس له شريك**»، ولأن ما وجب تكميله كمل في الحال كالطلاق والعفو عن القصاص.

فإن قيل: محل الطلاق والقصاص لا يتبعض وحمل العتق يتبعض وهو الملك.

قيل: إلا أن العتق لا يتبعض فهو كالقصاص والطلاق ولأنه عتق يجب تكميله فلا يقف على التقويم كما لو أعتق بعض أم ولده.

فإن قيل: أم الولد لا تضمن باليد والتقويم والاستسعاء يضمن.

قيل: عندنا يضمن ولأن يعذر التضمين توجبه تعذر العتق لا إيقاعه ولأن ما تعلق به حرمه العتق إذا وجد من الموسر صار نصيب شريكه كنصيبه كما لو استولد الجارية المشتركة.

فإن قبل: الاستيلاد أقوى لأنه فعل وهذا قول ولهذا ينفذ فيما لا ملك له فيه وهو جارية ابنه والعتق لا ينفذ.

قيل: بل العتق أقوى لأن بالعتق تنجر الحرية، وبالاستيلاد يثبت حرمة الحرية ولأن

العتق به وبوكيله ويصح منه في جماعة في وقت واحد بخلاف الاستيلاد.

قالوا: روي في حديث ابن عمر أنه قال قوم عليه قيمة عدل ثم عتق بما يكلف عتق ما بقي.

قلنا: هو حجة لنا لأنه لم يخبر ولأن ثم ترد بمعنى الواو كما قال تعالى: ﴿ثُمَّ اللَّهُ شَهِيدٌ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ﴾ (يونس: من الآية٤٦)

قالوا: إزالة ملك عن المال فجاز أن يتبعض كالبيع والهبة.

قلنا: نقلب فلا يوجد الضمان على المال كالبيع والهبة، ولأن ذاك إزالة ملك فيتجزأ وهذا لا يتجزأ فهو كالطلاق.

قالوا: أثبت بتصرفه حقا لشريكه فكان الحق نقل الملك لا الانتقال كما لو باع ما فيه شفعة.

قلنا: يبطل إذا استولد الجارية المشتركة ولأن ذاك حق له فوقف عليه والعتق حق الله تبارك وتعالى فلم نقف عليه كما لو اشترى أبا.

مسألة: إذا أعتق ستة أعبد في مرضه لا مال له غيرهم ولم يجز الورثة جمع العتق في الثلث بالقرعة.

وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد ثلثه.

لنا: روى عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له غيرهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال للرجل قولاً شديداً ودعاهم وجزأهم فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة [(١)].

فإن قيل: يحتمل أنه جزأهم ثلاثة أجزاء فأعتق الثلث مشاعاً منهم وقوله أقرع أي ضرب بالعتق بالثلث قبل العتق في الثلث الشائع لا يحتاج إلى فعل ولأنه لم يجز ذكر الأجزاء وإنما جرى ذكر العبيد فوجب أن يكون أعتق اثنين منهم وأرق أربعة منهم ولأن في الضرب يقال قرع ولا يقال أقرع ثم لا يقال قرع مع الغرماء ولا يحتاج إلى الإقراع فيها.

قالوا: ولأن العتق في المرض وصية ولا يجوز أن يسلم للموصى له الثلث حتى يسلم للورثة الثلثان وعندهم يعتق ثلث العبيد ولا يسلم للورثة شيء ولا يلزم إذا أبرأه من الدين

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/٦٤٥) ح (١٣٦٤) وقال: حسن صحيح، والبيهقي في الكبرى (٦/٢٦٦) ح (١٢٣٣٠)، والإمام الشافعي في مسنده (١/١٩٤)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٤٣٨).

ولم يجيز الورثة فإن من أصحابنا من قال لا يبرأ حتى يدفع إلى الورثة الثلثين وإن سلم فإن الدين لا يمكن قبضه ولأن القصد بالعتق تكميل الأحكام ولا يمكن بالسعاية لما فيه من الإضرار بالعبد وبالورثة فكمل الجميع.

قالوا: قد أوصى لهم بأنفسهم فلا يجمع لاثنين منهم كما لو رضي به لستة أنفس.

قلنا: نقلب فنقول فإذا رد فيما زاد على الثلث لم يجز إنفاذ ما رد بالعوض كما لو وصى به لستة أنفس ولأن القصد في الأصل تمليك المال وذلك تحصيل من غير جمع وهاهنا القصد العتق ومقصوده لا يحصل إلا بالجمع ولأنه ليس في ذلك تأخير حق الورثة وفي هذا تأخير حق الورثة.

قالوا: لا يملك إلا الثلث فصار كما لو لم يملك من كل واحد إلا الثلث.

قلنا: لأن هناك التكميل في ملك الغير وهاهنا التكميل في ملكه ولهذا لو أعتق اثنين منهم في حياته جاز بخلاف ما قاسوا عليه.

قالوا: لو أعتق من كل واحد الثلث ثم يجمع فكذلك إذا جمع.

قلنا: إذا جمع قلنا لأن هناك قصد التجربة فجرى وهاهنا قصد الجمع فجمع.

قالوا: نقل حرية في شخص إلى شخص بالقرعة وهذا لا يجوز.

قلنا: لا ينتقل بالقرعة بل تبين بالقرعة أن الذي ينفذ فيه العتق هذان كما قالوا إنه أعتق الجمع ثم بالرد في بعض بينوا أن العتق نفذ في الثلث.

قالوا: القرعة لا تميز الرق من العتق.

قلنا: وكذلك لا يميز نصيب زيد من نصيب عمرو ثم يرجع إليها فتتميز الأملاك.

قالوا: لو جاز التمييز بالقرعة في العتق لجاز في الطلاق.

قلنا: يجوز أن يميز في شيء دون شيء كما يميز به الإملاك دون الإبضاع.

مسألة: لا يعتق بالقرابة غير الوالدين والمولودين.

قال أبو حنيفة: يعتق كل ذي رحم محرم.

لنا: هو أنه لا يتعلق بها رد الشهادة أو لا يجب بها النفقة مع اختلاف الدين فأشبه قرابة ابن العم أولا بعضه بينهما فلا يعتق عليه بالقرابة كابن العم ولأنه لو استحق العتق عليه بالقرابة لمنع من بيعه إذا اشتراه وهو مكاتب كالوالد والولد.

قالوا: روى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «**من ملك ذا رحم محرم فهو**

حر»[١].

قلنا: شك حماد بن سلمة في سمرة ولأن الحسن لم يصح سماعه من سمرة إلا حديث العقيقة فإنه سمعه منه بكابل ثم تحمله على الوالد والولد.

قالوا: صلة الرحم بهذه القرابة واجبة والدليل عليه قوله ﷺ «**لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها**»[٢] فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم الرحم فصار كالولادة.

قلنا: إن وجبت الصلة من هذا الوجه لا أنها لا تجب في تحريم منكوحة أحدهما من الآخر ولا في القصاص وحد القذف ولا في وجوب النفقة في الكسب ولا في السفر بغير أبيه بخلاف أبيه بخلاف الولادة فإنه يجب بها صلة الرحم في جميع الحقوق فأوجب العتق ولأن الولادة قرابة بعضه فيصير كما لو ملك بعض نفسه وهذه قرابة مجاورة فيصير كما لو ملك غيره.

قالوا: ولأنه منع من نكاحها لما فيه من الابتذال والإذلال بعقد النكاح كما منع الكافرين من نكاح المسلمة لهذا المعنى والذل بدوام الملك أعظم فهو بالمنع أولى.

قلنا: تحريم النكاح يتعدى من القرابة إلى اللبن في الرضاع وتحريم الملك لا يتعدى.

مسألة: إذا قال لأمته أنت طالق ونوى العتق عتقت.

وقال أبو حنيفة: لا تعتق.

لنا: هو أنه نوع ملك يبيح الوطء أو ينقطع بدعوة النسب فجاز أن يزال بلفظ الطلاق كالنكاح ولأنه لفظ يتضمن معنى العتق فصار كقوله لا سبيل لي عليكِ والدليل على الوصف أن العتق إطلاق من جنس الملك ولأنه لفظ وضع لإزالة ملك بني على التغليب فكان كنايه في مثله كالعتق.

فإن قيل: العتق وضع لأقوى الملكين وهو ملك الرقبة فعمل في الأضعف كلفظ البيع في الإجارة والطلاق وضع لأضعف الملكين فلم يعمل في الأقوى كلفظ الإجارة في البيع.

قيل: لو صح هذا لوقع الطلاق بلفظ العتق من غير نية ولأن النكاح كملك الرقبة بدليل أنه لا يقبل التوقيت ويمنع الكافر منه من المسلمة كما يمنع من ملك الرقبة ويجب

---

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (٢٤٤/١) ح (٩٧٢)، والحاكم في مستدركه (٢٣٣/٢) ح (٢٨٥١)، والبيهقي في الكبرى (٢٩٠/١٠) ح (٢١٢١١)، وابن ماجة (٨٤٣/٢) ح (٢٥٢٤)، والإمام أحمد في مسنده (١٨/٥).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٦٥/٥) ح (٤٨١٩)، ومسلم (١٠٢٩/٢) ح (١٤٠٨).

بدله بالعقد كما يجب بدل العين بخلاف الإجارة ولهذا قالت عائشة النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته بل هو أقوى لأنه لا يزيله الاستيلاد ويزيل ملك الرقبة ويوجب تحريم الأخت بملك اليمين ولا يوجب ملك اليمين تحريم الأخت بالنكاح والنسب فيه أقوى والاستبراء فيه أكمل والوطء فيه الإحصان والإحلال ويستفاد به الظهار والإيلاء واللعان ويوجب تحريم المصاهرة من غير وطء ويمنع العقد على أربع سواها بخلاف الإجارة فإنه لا يفيد إلا ما يملك بالبيع فانعقدت بلفظه.

قالوا: ملك لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل بلفظ الطلاق كسائر الأملاك.

قلنا: ينكسر بالنكاح قبل الدخول ثم سائر الأملاك لا يزول بقوله لا سبيل لي عليك وهذا يزول فهو كالنكاح.

قالوا: لا يجهل العتق بلفظه لأن مقتضاه رفع الإباق في قولهم أطلقت البعير ولا يحكمه لأن حكمه التحريم وذلك لا ينافي الرق فأشبه لفظ الظهار.

قلنا: قد بينا أنه يحتمل الإطلاق من حبس الملك والظهار عين منصوص وإن سلم فلأن ذاك لا يقع به الطلاق وهذا يقع به الطلاق فهو كلفظ العتق.

قالوا: لفظ وضع للمنفعة فلا يعمل في الرقبة كلفظ الإجارة في البيع.

قلنا: لفظ العارية وضع للمنفعة ويملك به عندهم المكيل والموزون ولأنه وإن وضع للمنفعة إلا أنه يحتمل إزالة الملك في الرقية فعمل فيه مع النية بخلاف البيع فإنه لا مدخل للنية فيه فلم يتعذر إلا بلفظ يدل على حقيقة والإجارة لا تدل على حقيقة البيع ولأن الإجارة لا تصح بلفظ البيع ويصح الطلاق بلفظ العتق.

قالوا: إذا لم يصح الظهار والإيلاء بلفظ الطلاق في الزوجة فلأن لا يصح به العتق في الأمة أولى.

قلنا: لأنه في الزوجة وجد معناه فلم يعمل في غيره وفي الأمة لم يجد معناه فعمل فيما وجد.

مسألة: إذا قال لعبده لا سلطان لي عليك ونوى العتق عتق.

وقال أبو حنيفة: في إحدى الروايتين لا يعتق.

لنا: هو أنه يحتمل أنه لا سلطان لي عليك بالعتق فأشبه قوله لا سبيل لي عليك ولأنه لو نوى به الطلاق وقع فكذلك العتق.

قالوا: السلطان هو الاستخدام فصار كما لو قال لا خدمة لي عليك قلنا بما قسنا عليه ولأنه يحتمل ما قلنا أيضاً فإذا اتصلت به النية وقع.

مسألة: إذا قال أنت لله ونوى العتق عتق [١].

وقال أبو حنيفة: لا يعتق [٢].

لنا: هو أنه يحتمل أنك عتيق لله أو حر لله فعتق به.

قالوا: لو قال ذلك لامرأته ونوى الطلاق لم يطلق.

قلنا: لأن الطلاق لا يتقرب به إلى الله تبارك وتعالى والعتق بخلافه.

مسألة: إذا قال وهبت منك نفسك وبعتك ولم يقبل لم يعتق.

وقال أبو حنيفة: يعتق.

لنا: هو أنه هبة لم يتصل بها القبول فأشبه إذا وهبه من أبيه أو ابنه.

قالوا: إيقاع للعتق فلا يعتبر فيه القبول كقوله أعتقك.

قلنا: الإيقاع إنما يكون بصريح أو كناية وهذا ليس بصريح ولا كناية ولهذا لا يعتبر فيه النية.

قالوا: لو اعتبر فيه القبول لاعتبر القبض.

قلنا: لا يعتبر القبض لأنه في يد نفسه فهو كهبة المعتق هو في يده.

مسألة: إذا قال لعبده وهو أكبر سناً تصير ابني لم يعتق [٣].

وقال أبو حنيفة: يعتق [٤].

لنا: هو أنه إقرار بما تحقق بطلانه به ما يتضمنه كما لو قال لأمته وهو أكبر سناً منها أنت أمي أو لزوجته وهي أكبر سنا منه أنت ابنتي أو قال لعبده أعتقتك من ألف سنة.

قالوا: إيقاع للعتق ولهذا لو قال ذلك لعبده وهو معروف النسب والسن يحتمله عتق.

قلنا: الإيقاع لا يكون إلا بصريح أو كناية وهذا ليس بصريح ولا كناية لأنه لا يفتقر إلى النية وفي معروف النسب وجهان وإن سلم فلأن ذلك يعتق بالإقرار بالبنوّة وذلك يحتمل الصحة لكنّه لم يقبل بالنسب لحق الغير وقيل في العتق وهذا لا يحتمل الصحة ولهذا

---

(١) الإفـــصاح (٢/٣٠٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٦١)، روضة الطالبين (١٢/١٠٨)، المغني لابن قدامة (١٢/٢٣٦).

(٢) الإفصاح (٢/٣٠٥)، وانظر: الاختيار (٣/١٧٩).

(٣) الإفـــصاح (٢/٣٠٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، انظر: المدونة (٢/٣٧١)، روضة الطالبين (١٢/١٠٨)، المغني (١٢/٢٣٧).

(٤) الإفـــصاح (٢/٣٠٥)، وانظر المغني لابن قدامة (١٢/٢٣٧) شرح النقاية للقارئ الحنفي المكي (١/٧٠٣).

لو قال لزوجته أنت ابنتي والسن يحتمل حرمت ولو لم يحتمل لم تحرم.

مسألة: إذا أعتق إحدى الأمتين ثم وطئ إحداهما تعينت الحرية في الأخرى في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا يتعين.

لنا: هو أنه تصرف لا تحل إلا بالملك فدل على الاختيار كالبيع والتدبير ولأن الوطء أخص بالملك من البيع فإن البيع يجوز لغير الملك بالوكالة فإذا تعين به فبالوطء ولأن ما تعين به الطلاق يتعين به العتق كالتعين بالقول ولأنه إذا اشترى جارية فشرط الخيار بعين ملكه فيها بالوطء فكذلك هاهنا.

قالوا: تصدف في غير محل العتق فأشبه الاستخدام.

قلنا: وإن كان في غير محله لا يجوز إلا لمن يملك محله في الاستخدام وجهان وإن سلم فلأن ذلك يجوز من غير ملك وهذا لا يجوز.

قالوا: إن شاء عتق فلا يجوز بالوطء.

قلنا: لا نسلم فإن العتق قد وقع وهذا تعيين له كما نقول في الطلاق.

مسألة: يصح عتق الحربي لعبده.

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

لنا: هو أن من صح منه عتق عبده المسلم صح عتق عبده الكافر كالمقيم في دار الإسلام، ولأن من صح طلاقه صح عتقه كالمقيم في دار الإسلام.

قالوا: ملكه غير صحيح لأنه معرض للقهر.

قلنا: بل هو صحيح إلى أن يقهر كملك المسلم صحيح إلى أن يقهر وحرية السيد ثابتة وإن كانت معرضه للقهر وطلاقه واقع وإن كان نكاحه معرضا للفسخ.

قالوا: الموجب لملكه حصوله في يده على وجه الغلبة وهذا المعنى موجود حال العتق فلا يعين مع وجود ما ينافيه.

قلنا: هذا لا يمنع صحة العتق كما لا يمنع صحة البيع .

مسألة: إذا قال إن ولدت ولدًا فهو حر فولدت ولداً ميتاً انحلت الصفة.

وقال أبو حنيفة: لا ينحل فإن ولدت آخر صار عتق.

لنا: هو أنه وجدت الصفة فيمن ليس بمحل العتقة فأشبه إذا قال إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه فدخل الدار ولأن الميت ولد ولهذا لو علق عليه طلاق امرأة أو عتق عبد وقع فانحلت به اليمين كما لو ولدته في غير ملكه.

قالوا: العتق يستحيل في الميت فصار كما لو قال إن ولدت ولداً حياً فهو حر.

قلنا: إذا استحال وجب أن تنحل الصفة كما قلنا فيما قسنا عليه.

مسألة: إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار لم يعتق في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يعتق.

لنا: هو أنه ملك حدث بعد اليمين فأشبه إذا لم يبعه.

قلنا: إذا اعتبر الملك في عقد اليمين اعتبر بقاء الملك.

مسألة: إذا قال في الصحة لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ودخل في المرض عتق من رأس المال في أصح القولين.

وقال أبو حنيفة: يعتق من الثلث.

لنا: هو أنه وجد العقد في الصحة والصفة في المرض فاعتبر حال العقد كالطلاق ولأن شهود العقد والصفة إذا رجعوا وجب الضمان عنده على شهود العقد فكان اعتبار العقد أولى.

قالوا: حصل العتق في حال المرض فأشبه إذا ابتدأه في المرض.

قلنا: هناك قصد الإضرار وهاهنا لم يقصد ولهذا لو طلق في المرض ورثته ولو عقد الطلاق في الصحة فطلقت في المرض لم ترث.

مسألة: إذا أعتق في المرض وعليه دين يستغرقه رد العتق.

وقال أبو حنيفة: لا يرد بل يستسعى العبد بقيمته للدين.

لنا: أنه تبرع يعتبر من الثلث فلم ينفذ مع الدين كالهبة وسائر الوصايا.

قالوا: أعتق صادف ملكه وهو من أهل التصرف فأشبه حال الصحة.

قلنا: إلا أنه لأجل الغرماء كعين ملكه ولهذا لا يجب فيه الزكاة ويجوز للغرماء أخذه وحال الصحة يتعلق الدين بذمته وهاهنا تعلق بعين ماله ولهذا ينفذ هبته وهاهنا لا ينفذ.

مسألة: ينجر الولاء إلى موالي الجد في أظهر الوجوه ومن أصحابنا من قال إن كان الأب حياً لم ينجر ومنهم من قال لاينجر بحال وهو قول أبي حنيفة لنا أن له ولادة وتعصيباً فأشبه الأب ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب والجد كالأب في النسب.

قالوا: لو انجر إليه لاستقر عليه كالأب.

قلنا: مولى الأم يثبت له الولاء ولا يستقر عليه.

قالوا: الأم تدلي بنفسها فوجب أن لا ينجر الولاء عن مولاها إلى من يدلي بغيره.

قلنا: الاعتبار بالنسب لا بالقوة ألا ترى أن ولادة الأم أقوى لأنها متيقنة ثم ينجر الولاء عنها إلى موالي الأب وإن كانت ولادته مظنونة.

مسألة: إذا لحق مولى المسلم بدار الحرب لم يسترق.

وقال أبو حنيفة: يسترق.

لنا: هو أن الولاء حق ثابت للمسلم فلا يجوز إبطاله بالقهر كأملاكه.

قالوا: حربي فجاز استرقاقه كما لو لم يكن عليه ولاء أو كان عليه ولاء ذمي.

قلنا: إذا لم يكن عليه ولاء فليس فيه إبطال حق مسلم وفي هذا إبطال حق مسلم ومولى الذمي يسترق لأن الذمي نفسه يسترق والمسلم لا يسترق فكذلك مولاه.

مسائل المدبر

مسألة: يجوز بيع المدبرة [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [(٢)].

لنا: ما روى جابر أن رجلا دبر غلاما له ليس له مال غيره فقال: النبي ﷺ «**من يستوفه مني**» فاشتراه نعيم [(٣)].

فإن قيل: روي أنه إنما باع خدمة المدبر.

قلنا: قال أبو بكر النيسابوري هذا مرسل ولأنه عتق بصفة ثبت يقول المعتق وحده فلا يمنع البيع كالتدبير المقيد ولأن ما لا يمنع جواز البيع مقيده لم يمنع مطلقه كالعتق بالصفة ولأن ما اعتبر من الثلث وينجر بالموت لم يمنع البيع كالوصية.

قالوا: روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**المدبر لا يباع ولا يوهب**» [(٤)].

قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف والصحيح عن ابن عمر ثم نحمله على أنه لا يباع ولا يوهب بعد موت المولى.

قالوا: استحق العتق بموت السيد على الإطلاق فأشبه أم الولد.

---

(١) الإفـــصاح (٢/٣٠٦)، ووافق الشافعية أحمد (في رواية) انظر: مغني المحتاج (٤/٥٠٩- ٥١٠)، المغني (١٢/٣١٦).

(٢) الإفصاح (٢/٣٠٦)، وانظر: الاختيار (٣/١٩٣- ١٩٤).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٨/١٣١) ح (٣٣٤٢).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣١٤) ح (٢١٣٦١)، والدارقطني في سننه (٤/١٣٨) برقم (٥٠).

قلنا: لا يستحق على الإطلاق بل بموته وعدم الدين والخروج من الثلث ثم يبطل به إذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي ثم ملك عبداً وعتق أم الولد يستحق بالشرع فلم يملك إبطاله كالميراث وهذا ثبت بقوله كالوصية ولأن ذاك كالعتق المنجر ولهذا لا يضمن عبده بالعصب ولا يستسعي في الدين ويسري إلى نصيب الشريك في الحال كالعتق والمدبر بخلافه ولأن ذاك يعتبر من رأس المال فهو كالدين وهذا يعتبر من الثلث فهو كالوصية ولأن ذاك حصل بفعل وهذا حصل بقول فضعف.

قالوا: استفاد الحرية حرية خرج بها عن سمة بحق القن فأشبه المكاتب قلنا يبطل بالمعتق نصفه والمدبر المقيد، ولأن ذاك استحق العتق بعوض فهو كالبيع والخلع وهذا يعتبر عوض فهو كالهبة والطلاق ولأن ذاك استقر عتقه ولهذا لو أعتق المكاتبة عتقت بحكم الكتابة حتى يتبعها الولد والكسب بخلاف المدبر.

مسألة: المدبرة لا يتبعها ولدها في أحد القولين(١).

وقال أبو حنيفة: يتبعها(٢).

لنا: أنه تدبير فأشبه التدبير المقيد واحتجوا بما ذكروا في المسألة قبلها وقد أجبنا عنه.

مسائل الكتابة

مسألة: الكتابة الحالة لا تصح (٣).

وقال أبو حنيفة: يصح (٤).

لنا: ما روى عن عثمان أنه غضب على عبد له، فقال: لا عاقبتك ولا كاتبتك على نجمين، وقال علي عليه السلام الكتابة على نجمين من الثاني، وكاتب عمر وابن عمر ولم يكاتبوا على أقل من نجمين ولأن ما جعل رفقا في الكتابة كان مستحقاً كالكسب وخيار الفسخ ولأنه عقد معاوضة على صفة يتعذر معها المقصود به فلم يصح كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء أو عقد يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فإذا اعقد على ما

---

(١) الإفصاح (٣٠٦/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المعونة (١٤٨٣/٣)، المغني (٣٠٩/١٢)، الاختيار (١٩٤/٣)، مغني المحتاج (٥١٣/٤).

(٢) الإفصاح (٣٠٦/٢)، وانظر: الاختيار (١٩٤/٣).

(٣) الإفصاح (٣٠٧/٢)، ووافق الشافعية أحمد انظر: مغني المحتاج (٥٣٨/٤)، المغني (٣٤٦/١٢).

(٤) الإفصاح (٣٠٧/٢)، ووافق الأحناف مالك انظر: الاختيار (٢٠١/٣)، حاشية الدسوقي (٤/ ٣٨٩).

يقتضي العجز عنه لم يصح كما لو أسلم في معدوم ولا يلزم بيع العبد من نفسه لأنه لا يلحقه الفسخ ولأن هذا العقد اختص باسم فوجب أن يختص بحكم كسائر العقود.

قالوا: عوض في عقد يجوز التصرف فيه قبل القبض فجاز حالا كالثمن في البيع والثمن في بيع العبد من نفسه.

قلنا: في سائر البيوع يقدر على المعقود عليه في الظاهر وفي هذا لا يقدر عليه فهو كبيع الطير في الهواء وبيع العبد من نفسه لا يجوز في أحد القولين ثم هناك قد حصل المقصود وهو العتق وهاهنا موقوف على المال وذلك متعذر.

قالوا: ولأنه معاوضة فلا يشترط فيها التنجيم كسائر المعاوضات.

قلنا: تلك لم تبن على الرفق كدية العمد وهذا بني على الرفق فهو كدية الخطأ ولأن الكتابة أجيز فيها التأجيل في العوضين ولا يجوز ذلك في سائر المعاوضات.

قالوا: عتق على مال فأشبه إذا قال أنت حر على مال.

قلنا: ذاك ليس بمعاوضة وإنما هو عتق على صفة ولهذا يبطل بموت السيد فجاز مع العدد وهذا معاوضة فهو كالبيع.

مسألة: لا يجوز لولي الصغير أن يكاتب عبده.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أن من لا يملك عتق عبد غيره من غير إذن لم يملك كتابته من غير إذن كالأجنبي ولأنه عتق على مال فأشبه إذا قال أنت على مال ولأنه تصرف يعتبر من الثلث فأشبه الهبة.

قالوا: عقد معاوضة فأشبه البيع قلنا البيع لا ضرر فيه على اليتيم وفي إضرار فهو كبيع المحاباة ولأنه لو كان كالبيع لما جاز في المدبر وأم الولد ولا على عبد مطلق.

مسألة: إذا قبل العبد الكتابة عن نفسه وعن غائب لم يصح عن الغائب وعن نفسه قولان.

وقال أبو حنيفة: يصح ويكون المال على الحاضر.

لنا: أنه لا يجوز إفراده بالكتابة فلا يجوز مع غيره كالحر، ولأنه معاوضة في حق الغير من غير ولاية ولا نيابة فأشبه بيع ماله ولأنه لو صح للغائب للزمه المال ويصح إبراؤه.

قالوا: إيجاب عتق لغائب فأشبه التدبير.

قلنا: يبطل به إذا أفرده وبه يخالف التدبير فإنه يجوز للغائب وحده ولأن ذاك عتق بغير عوض فهو كالطلاق وهذا بعوض فهو كالخلع.

مسألة: إذا كاتب عبدين بمال لم يصح في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أن كل واحد من العاقدين مجهول فأشبه إذا اشترى عبدين من رجلين بثمن.

قالوا: العبيد كالسلع في البيع.

قلنا: بل هم كالباعة والمشترين.

مسألة: إذا كاتب عبدين وقلنا إنه يجوز فأدى أحدهما ما يخصه عتق.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق حتى يؤدي جميع المال.

لنا: أنه أدى ما عليه فأشبه إذا كان منفرداً.

قالوا: عتق على صفة فلم يقع إلا بها.

قلنا: لو كان كذلك لما احتاج إلى القبول ولصح مع الطفل ولوجب أن لا يقع العتق فيه بالإبراء وأداء الغير.

مسألة: إذا كاتب عبدين على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر لم يصح الضمان.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه ضمان مال الكتابة فلم يصح كما لو ضمنه حرا ومكاتب لم يكن معه في العقد.

قالوا: دين يصح ضمانه كسائر الديون.

قلنا: سائر الديون تجوز لمن لم يدخل معه في العقد أن يضمن وهذا لا يجوز.

مسألة: لا يصح الكتابة حتى يقول إن أديت إلى كذا فأنت حر.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: كاتبتك على كذا صح.

لنا: هو أن قوله كاتبتك ميز له بين عقد الكتابة وبين مخارجة العبد وبين الكتابة بالقلم فلا يحمل أحدهما إلا بقرينه كاللوز والجوز والعين.

قالوا: أتى بصريح اللفظ فأشبه إذا قال دبرتك.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد الوجهين ثم ذاك متعارف في العتق وهذا غير متعارف.

مسألة: لا يجوز أن يكاتب بعض عبد إلا أن يكون باقيه حراً.

وقال أبو حنيفة: يجوز وإن كان في عبد مشترك كان للآخر فسخها.

لنا: هو أنه معنى يوجب إطلاق الإذن في التصرف فلا يجوز في البعض مع المنع في الباقي كالإذن في التجارة، ولأن الهبة في البعض يقتضي التصرف وتركها في الباقي يقتضي

المنع من التصرف فصار كما لو قال كاتبتك على أن لا ينصرف.

قالوا: معاوضة فجاز في نصف عبد كالبيع.

قلنا: القصد من المبيع التمليك والقصد هاهنا التصرف والتبعيض يمنع التصرف.

قالوا: الحق له وللشريك وقد رضيا.

قلنا: المنع ليس بحقهما بل لتضاد الأحكام.

قالوا: لو أوصى بكتابة عبد فلم يجز الورثة كوتب منه بقدر الثلث.

قلنا: من أصحابنا من قال لا يصح والمنصوص أنه يصح لأنه أوجب في عبد كامل وإنما حصل التبعيض في حق الإرث فصار كما لو عجزه أحد الوارثين وهاهنا بدأ في بعض عبد فلم يجز.

مسألة: لا يجوز شرط الخيار في الكتابة.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه عقد لا يقصد به المعاينة فأشبه النكاح وعكسه البيع.

قالوا: خيار يثبت في البيع فثبت في الكتابة كخيار العيب.

قلنا: ذاك يثبت في الصرف والسلم والنكاح ولا يثبت خيار الشرط.

مسألة: يجوز للمكاتب فسخ الكتابة متى شاء.

وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك إذا كان معه وفاء.

لنا: أن مالا يجبر العبد عليه إذا لم يجعل شرط لعتقه لم يجبر عليه وإن جعل شرط لعتقه كلام زيد وصلاة النفل ولأنه مال لا يجوز للحر ضمانه فلم يلزم كمال الجعالة ولأنه مكاتب فجاز له فسخ الكتابة كما لو لم يكن معه وفاء أو عتق على مال فأشبه إذا قال إذا أديت ألفا فإنك حر.

قالوا: معاوضة تلزم من أحد الجانبين فلزمت من الجانب الآخر كالبيع.

قلنا: ينكسر بالرهن ويخالف ما قاسوا عليه فإن هناك لو لم يكن معه مال لم يملك الفسخ وهاهنا يملك ولأن ذاك لم يبن على الرفق وهاهنا بني على الرفق والحظ له فثبت له الخيار.

قالوا: الكتابة تعلق بها حق الله تبارك وتعالى فلا يملك إسقاطها.

قلنا: لو صح هذا لوجب أن لا يجوز أيضا بالتراضي.

مسألة: إذا مات المكاتب انفسخت الكتابة.

وقال أبو حنيفة: إن خلف وفاء لم ينفسخ بل يؤدي عنه ويعتق في آخر جزء من

أجزاء حياته.

لنا: هو أنه مكاتب مات قبل البراءة من مال الكتابة فانفسخت كتابته كما لو لم يخلف شيئا ولأن الأداء معنى يعتق به فلا يعتق به بعد موته كالإبراء والإعتاق مع عدم الوفاء ولأنه حق عتاق فإذا مات قبل تنجزه بطل كالتدبير والاستيلاد ولأنه عقد معاوضة تلف المعقود عليه فيه قبل التسليم فبطل كالبيع والإجارة والدليل على أن المعقود عليه هو الرقبة أنه يرجع عند الفساد إلى قيمتها ولأنه يتبعها الولد والدليل على أنه قبل القبض أنه لو حصل القبض لعتق ولما جاز للمولى أن يفسخ بالإفلاس عندهم كالبيع بعد التسليم ولأنه لا يجوز أن يعتق بعد الموت لأنه ليس بمحل للعتق ولا قبله لا العتق الواقع بالأداء لا يتقدم عليه كالعتق في حال الحياة.

قالوا: أحد المكاتبين فلا يبطل الكتابة بموته كالسيد.

قلنا: لأن هناك محل العتق باق ولهذا يصح الإعتاق والإبراء وهاهنا لا يصح ولأن هناك هلك العاقد فهو كموت البائع وهاهنا المعقود عليه فهو كهلاك المبيع ولأن موت السيد يخالف موت العبد كما يقول في المدبر وأم الولد.

مسألة: إذا زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انتقل المكاتب إلى الورثة فيبطل النكاح.

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل ولا يبطل النكاح والدليل على أنه ينتقل هو أنه لم يمنع الوارث من ابتداء نكاحه فدل على أنه ملكه وإذا ثبت أنه انتقل إليه وجب أن ينقسم النكاح.

قالوا: الموت سبب لانتقال الملك فلا ينتقل به المكاتب كالبيع والهبة والوصية.

قلنا: يجوز أن لا يملك بهذه المعاني ويملك بالموت كالصيد في حال الإحرام والمرهون وحبس الرهن وحبس المبيع ولأن في المواضع لو نقلنا الملك بطلت الكتابة وهاهنا لا يبطل لأن الوارث قائم مقام الموروث وملكه كملكه ولهذا يرد على من يرد عليه الموروث بالعيب.

قالوا: لو ملكه الوارث لثبت له الولاء.

قلنا: ينتقل إليه مسلوب الولاء كالأمة المزوجة تنتقل إليه مسلوبة الاستمتاع.

مسألة: إذا اشترى المكاتب زوجته انفسخ النكاح.

وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ.

لنا: هو أنه ملك زوجته فأشبه الحر والدليل على أنه ملك أنه لو لم يكن بينهما نكاح منع من ابتداء نكاحها.

قالوا: المكاتب لا يملك لأنه لو ملك لملك الوطء بملك اليمين وبملك العين كالحر فصار كالعبد المأذون.

قلنا: لا يملك الوطء ولا العتق لأنه يملك ملكا ضعيفا ولأن حق السيد يتعلق به فهو كملك الراهن والمأذون لا يملك وهذا يملك ولهذا يجوز أن يبيع من المولى ويشتري منه بخلاف المأذون.

مسألة: إذا نوى أحد الوارثين المكاتب عن حصته أو أعتق نصيبه عتق.

قال أبو حنيفة: لا يعتق.

لنا: هو أنه أبرأ عن جميع حقه فأشبه المولى والوارث الواحد ولأنه يصح إعتاقهما فصح إعتاق أحدهما عن حصته كالشريكين ولأن من نفذ إبراؤه فقد عتقه كالموروث.

قالوا: الوارث قائم مقام الموروث ولو قبض الموروث البعض لم يعتق فكذلك الوارث.

قلنا: المولى لم ينفرد بملك الحصة وهذا قد انفرد بملك الحصة فصار في نصيبه كالمولى في جميعه.

مسألة: إذا أدى المال في الكتابة الفاسدة إلى الوارث لم يعتق.

وقال أبو حنيفة: يعتق استحساناً.

لنا: هو أنه دفع المال إلى غير العاقد في الكتابة الفاسدة فأشبه إذا دفع إلى وكيله، ولأن العتق في الفاسد يقع بالصفة بدليل أنه لا يقع بأخذ العوض ولا بالإبراء أو الصفة لم يوجد.

قالوا: العتق بحكم المعاوضة بدليل أنه يتبعها الكسب والولد ويقبل الفسخ فشابه الكتابة الصحيحة.

قلنا: لو صح هذا لوجب أن يعتق بالدفع إلى الوكيل وبالإبراء أو يأخذ البدل.

مسألة: إذا كان لرجلين عبد وكاتباه لم يجز أن يتفاضلا مع تساوي الملكين ولا أن يتساويا مع تفاضل الملكين.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أن ما يحصل في يده يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يرتفق به أحدهما من غير إذن شريكه كما قبل الكتابة.

قالوا: عقد معاوضة فجاز أن يتفاضلا في العوض فيه كالبيع.

قلنا: لأن العوض في البيع من مال المشتري وهاهنا من مالهما.

مسألة: إذا كاتباه بما يجوز فأدى ما معه إلى أحدهما بإذن شريكه عتق في أصح القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق حتى يؤدي إليهما.

لنا: أنه منع لحقه فإذا رضي جاز كأحد المبيع قبل قبض الثمن.

قالوا: العتق يجب تكميله ولا يحصل ذلك إلا بأداء الجميع.

قلنا: يكمل بالتقويم.

مسألة: الإيتاء واجب.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: قوله تبارك وتعالى: ﴿**وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**﴾ (النور: من الآية٣٣).

فإن قيل: المراد به الزكاة ولهذا إضافته إلى الله تبارك وتعالى.

قيل: خاطب به السادة وهم لا يدفعون الزكاة ولأنه روي عن علي موقوفاً عليه ومسنداً إلى النبي ﷺ أنه قال في هذه الآية: «**الإيتاء دفع الكتابة**»، وعن عمر أنه كاتب عبدا له يكنى أبا أمية وهو أول عبد كوتب في الإسلام فأتاه بأول نجم فدفعه إليه عمر وقال: استعن به على مكاتبتك فقال لو أخرته إلى آخر نجم فقال أخاف أن لا أدرك ذلك وعن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفا فوضع عنه خمسة آلاف ولأن الزكاة قد علم من آية الصدقات وأما إضافته إلى الله تبارك وتعالى فلا يدل على الصدقة لأنه أضاف ما أتاه الله تعالى وحوله لا ما دفعه إليه لأن الأموال كلها لله تبارك وتعالى حقيقة، ولأن ما جعل رفقاً بالمكاتب كان مستحقاً كالكسب ولأنه إزالته ملك يتعلق بالصفات فجاز أن يستحق فيها على المزيل مالكاً كالطلاق.

قالوا: عقد فلا يجب الإيتاء كالبيع والعتق على مال.

قلنا: ذاك لم يبن على الرفق والكتابة بنيت على الرفق ألا ترى أنه يعتق بالكسب الذي هو مال المولى بخلاف ما قاسوا عليه.

قالوا: لو كان ذلك واجب لقدر.

قلنا: يبطل بالمتعة والنفقة وبدل المتلفات.

قالوا: لو استحق بعض المال لبطل العقد لأن الباقي من المال يصير مجهولاً.

قلنا: العقد وقع على عوض معلوم وإنما طروء الاستحقاق بعده يبطل بالرجوع كأرش العيب والزكاة في الثمن.

مسألة: إذا صالح المكاتب عن ألف مؤجلة على خمسمائة معجلة لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه إبراء من بعض الدين بإسقاط الأجل فلم يجز كالثمن والأجرة والصداق ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية وهو تأجيل الدين بالزيادة.

قالوا: ليس بدين صحيح لأنه دين على عبده.

قلنا: بل هو دين صحيح ولا سيما عندهم فإنه يجبر على أدائه ولأنه بمنزلة سائر الديون في جميع الأحكام وفي تحريم الربا فكذلك في هذا.

مسألة: إذا اشترى المكاتب من يعتق عليه لم يصح الشراء.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه تصرف لا نظر فيه فأشبه الهبة.

قالوا: ما جاز له شراؤه بعد العتق جاز قبله كغيره.

قلنا: الهبة تجوز بعد العتق ولا تجوز قبله.

مسألة: إذا وهب المكاتب شيئاً المولى جاز في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه منع من الهبة لحق مولاه ملك بالإذن كالمأذون، ولأن المال لا يخرج منهما فإذا رضيا جاز كهبة المال المشترى ومال المضاربة.

قالوا: تصرف لنفسه فلا يؤثر إذن الغير في هبته كهبة المريض بإذن الوارث وشراء المشغوف المشفوع بإذن الشفيع.

قلنا: المريض منع لحق الوارث عند الموت ولعله غير الإذن وهذا منع لحق السيد فأثر إذنه فيه والشفيع لا حق له قبل العقد فلم يسقط بإذنه والسيد له حق في المال فسقط بإذنه.

مسألة: إذا كاتب عبداً بغير إذن السيد لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أنه عتق على مال فأشبه إذا قال أنت حر على مال ولأنه تبرع يعتبر من الثلث فلا يملكه من غير إذن كالهبة، ولأن من لا يصح منه العتق في ماله لم يصح منه الكتابة كالمجنون ولأنه عبد فأشبه المأذون، ولأنه لا حظ له في هذا لأنه يتبع ماله بماله فأشبه المبيع بالمحاباة.

قالوا: عقد معاوضة فأشبه البيع.

قلنا: ذاك فيه حظ وهذا لا حظ فيه فهو كبيع المحاباة.

مسألة: إذا كاتب عبده بإذن السيد فأدى المال إليه عتق وولاؤه موقوف في أحد القولين على عتق مولاه فإن عتق فهو له وإن رق قالوا لا لسيد مولاه.

وقال أبو حنيفة: ولاؤه لسيد مولاه.

لنا: هو أنه حر عتق عليه عبده فكان ولاؤه له كما لو تقدم على عتقه.

قالوا: ليس من أهل الولاء عند العتق فأشبه إذا عجز ورق.

قلنا: وليس من أهل العتق أيضاً عند شراء أبيه ثم يقف عتقه.

قالوا: السبب لا يقف فكذلك الولاء.

قلنا: النسب يجوز أن يقف إذا تداعاه اثنان إلى أن يبلغ فينتسب إلى أحدهما.

مسألة: لا يجوز للمكاتب تزويج أمته بغير إذن السيد .

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه لا حظ له فيه لا ينقص به القيمة فأشبه تزويج العبد.

قالوا: اكتساب مال فأشبه البيع.

قلنا: لو كان اكتسابا لملكه العامل في القراض والشريك في المعاوضة كالبيع.

مسألة: لا يجوز للمكاتب أن يسافر بغير إذن المولى في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه مملوك فلا يسافر بالمال من غير إذن المالك كالمأذون ولأنه تصرف لا نظر فيه فأشبه الهبة.

قالوا: يتصرف لنفسه فأشبه الحر.

قلنا: المأذون عندهم يتصرف لنفسه ثم لا يسافر والحر يملك الهبة وهذا لا يملك.

مسألة: إذا أسلم عبد الكافر وكاتبه قبل البيع لم يسقط عنه حق الاعتراض في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: أنه لم يزل الملك عنه فأشبه إذا أبرأه ولأنه عتق على مال فلا يسقط الاعتراض كما لو قال إن أديت ألفاً فأنت حر.

قالوا: زال يده عنه فأشبه إذا باعه.

قلنا: هناك أزال صغار الملك لم يزل.

مسألة: إذا أقر المكاتب بجناية الخطأ لم يلزمه في الحال في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يلزمه في الحال فإن عجز يؤخر إلى أن يعتق.

لنا: هو أنه مملوك فأشبه العبد القن، ولأنه يخرج الكسب من غير عوض فأشبه الهبة.

قالوا: ما لا يثبت بإقرار السيد ثبت بإقراره كدين المعاملة.

قلنا: التزويج لا يصح بفعل السيد ولا يفعله ودين المعاملة يملك إيجابه وهذا لا يملك ولهذا لو عجز بآخر دين الجناية إلى أن يعتق ولا يتأخر دين المعاملة.

قالوا: في يد نفسه فأشبه الحر.

قلنا: إلا أنه كالباقي في يد المولى ولهذا لا يملك إخراج ما في يده من غير عوض بخلاف الحر.

مسألة: يجب القصاص في قتل عبد المكاتب.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أنه ما وجب في قتل عبد الحر وجب في قتل عبد المكاتب كالقيمة ولأن عبده لعبد غيره في الحاجة إلى إيجاب القصاص فكان كهو في وجوبه.

قالوا: ملكه متردد بين السيد وبين المكاتب فصار كما لو قال قلت فثبت عند أحد هذين الرجلين.

قلنا: في المحال هو للمكاتب ولهذا يدفع إليه القيمة ولأن قوى الحق لا يخرج عليهما فإذا ذهب أن يقبض والأصل غير مسلم فإنهما إذا اتفقا وجب القصاص.

مسائل أمهات الأولاد

مسألة: إذا استولد أمة بالنكاح ثم ملكها لم تصر أم ولد له [1].

وقال أبو حنيفة: تصير [2].

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**من ولدت منه أمته فهي حرة من بعد موته**» [3] فعلق العتق بكونها أمة له عند الولادة، ولأنها علقت بمملوك فأشبه إذا زنا بها ثم اشتراها، ولأنها حالة بعد الاستيلاد فلا ينعقد فيها حرمة كما قبل الشراء ولأنه لو ثبت لها حرمة الاستيلاد بملكها لثبت في الحال كما قلنا في جارية الابن والجارية المشتركة، ولأنه

---

(١) الإفصاح (٢/٣١٠، ٣١١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٩٨٠)، روضة الطالبين (١٢/٣١٢)، المغني (١٢/٣٩٦).

(٢) الإفصاح (٢/٣١٠، ٣١١)، وانظر: الاختيار (٢/١٩٧).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣٤٦) ح (٢١٥٧٠)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/٢٩٠) ح (١٣٢١٩)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٥/٤٥١).

لو ثبت لها حرمة الاستيلاد إذا ملكها لا يستند ذلك إلى حال الإحبال حتى لا يجوز بيع ما أتت به من الأولاد بعد الاستيلاد.

قالوا: ملكها وله منها ولد ثابت النسب فأشبه إذا وطئها في ملكه.

قلنا: المعنى هناك أن الولد انعقد حراً فاستدعى حرية الأم وهاهنا انعقد مملوكا فلم يستدع حرية الأم.

قالوا: لما عتق الولد الملك ثبتت الحرية للأم.

قلنا: ولد الزنا يعتق عندكم بالملك ولا تثبت الحرية للأم، ولأن عتق الولد بالمبعضة ولهذا يعتق بملك الجد ولا يثبت حرمة الأم بذلك.

مسألة: إذا استولد جارية ابنه لم تصر أم ولد له في أحد القولين (١).

وقال أبو حنيفة: تصير (٢).

لنا: أنه لا يملك منها شيئاً فأشبه جارية الأجنبي.

قالوا: لا يحد بوطئها ويلحقه نسب الولد منها فأشبه جاريته.

قلنا: يبطل بمن اشترى جارية وأحبلها ثم استحقت.

مسألة: إذا وطأ جارية ابنه لزمه المهر.

وقال أبو حنيفة: إن حبلت لم يلزمه.

لنا: أنه وطء يوجب المهر إذا لم يحبل به فأوجب مع الإحبال كوطء الشبهة في جارية الأجنبي ولأن كل وطء ضمن بالمهر إذا انفرد ضمن به مع ضمان الرقبة كما لو قبلها، لأنه لو منع القيمة المهر لمنع نصف القيمة نصف المهر في الجارية المشتركة.

قالوا: فعل أفضى إلى بدل النفس فلم ينفرد بالضمان كقطع إذا سرى إلى النفس.

قلنا: الذي يفضي إلى بدل النفس هو العلوق وذلك يحصل بالإبدال وهو فعل منفرد عن الوطء وينفك الوطء عنه وبفعل الوطء وينزل الإنزال بخلاف الجناية فإنما فعل واحد والسراية ليست منه ولهذا لا يمكنه أن يقطع ويترك السراية ثم يبطل بالوارث إذا وطأ من التركة وأحبلها وعليها دين يستغرق فإنه يجب عليه المهر والقيمة والطرف جزء من النفس ولهذا يتقدر بدله بها ولا يزيد عليه والوطء ليس يحرم من النفس ولهذا لا يتقدر

---

(١) الإفصاح (٢/٣١١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٩٨٠)، روضة الطالبين (١٢/٣١٢)، المغني (١٢/٣٩٦).

(٢) الإفصاح (٢/٣١١)، وانظر: الاختيار (٢/١٩٧).

بجزء من النفس ويجوز أن يزيد على بدلها فهو كأجرة العين وقيمته، ولأنه لو قطع طرف العبد المشترك دخل ضمانه في نصف القيمة ولو وطئ الجارية المشتركة لم يدخل المهر في القيمة ولأن ضمان الطرف والنفس جميعاً ضمان إتلاف فتداخل وضمان الوطء ضمان انتفاع وضمان القيمة ضمان إتلاف ولهذا ينتظر السراية في تضمين الجناية ولا ينتظر الحبل في تضمين المهر.

قالوا: الوطء في ملكه فلا يجب به المهر والدليل عليه أن الملك يحتاج إليه لثبوت النسب بالاستيلاد وذلك يكون بالوطء فيقدمه الملك كما لو قال أعتق عبدك عني على ألف.

قلنا: لا نسلم أن الوطء في ملكه ولا يحتاج إلى تقدم الملك لأن شبهة الملك تكفي في النسب وحرمة الاستيلاد وبخلاف مسألة العتق ثم الملك يقع آخر جزء ينفقه العلوق والمهر وجب قبله بأول إيلاج.

مسألة: إذا أسلمت أم ولد النصراني لم يعتق.

وقال أبو حنيفة: تعتق بالاستسعاء.

لنا: أنه عتق على مال فلا تجبر عليه أم الولد كما لو لم تسلم ولأنه عتق مستحق فلا يجوز أخذ العوض عليه كأم ولد المسلم.

قالوا: إقرار مسلمة على ملك كافر فلا يجوز كالأم القنة.

قلنا: يبطل به إذا أسلمت أمته وكاتبها أو أسلمت أم الولد فاستسعاها ويخالف الأمة القنة فإن هناك يمكن بيعها وهاهنا لا يمكن فكان تركها في ملكه مع الحيلولة إلى أن يعتق من غير عوض منها أولى.

مسائل الفرائض

مسألة: إذا قتل الصبي أو المجنون موروثه لم يرثه.

وقال أبو حنيفة: يرثه.

لنا: أنه قاتل فأشبه البالغ، أو قتل يتعلق به وجوب الدية فأشبه قتل الخطأ، ولأن المراهق متهم في استعجال الميراث فهو كالبالغ والمجنون متهم، ولأنه ربما يظهر الجنون وليس بمجنون فهو كالنائم، أو حكم في المال يتعلق بالإتلاف فأشبه غرامات المتلفات ولأن ما منع الإرث مع الكبر منع مع الصغر كالكفر والرق.

قالوا: عقوبة فلم تجب في حق الصبي كالقود والحدود والجزية.

قلنا: لو كان عقوبة لما تعلق بالخطأ كالقود والحدود، ثم يبطل بالتأديب على القتل وبزوال ملك المرتد عن المال عندهم ثم القود والحدود عقوبات مغلظة في البدن وهذا تخسير في المال يتعلق بالإتلاف فهو كالدية وغرامة المتلف وسقوط المهر بقتل أمته المزوجة، وأما الجزية فلا نسلم أنها عقوبة لكنها تجب لحقن الدم والصبي محقون الدم وحرمان الميراث لصبيانه الدماء وهذا يحتاج إليه في قتل الصبي ولهذا لا تجب الجزية على النساء ويثبت حرمان الميراث بقتلهن.

مسألة: إذا قتل العادل الباغي حرم الإرث في أحد الوجوه [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يحرم [(٢)].

لنا: هو أنه قاتل فأشبه الخاطئ ولأنه متهم في استعجال الإرث بالقتل فأشبه الخاطئ.

قالوا: قتل بحق فأشبه قتل الإمام للزاني بإقراره.

قلنا: الأصل غير مسلم في أحد الوجهين ثم هناك غير متهم وهذا متهم في قتله فهو كالحاكم إذا قتل بالبينة في الزنا.

مسألة: إذا حفر بئراً فمات فيها موروثه لم يرثه.

وقال أبو حنيفة: يرثه. لنا هو أنه قتل يتعلق به الضمان فأشبه القتل بالمباشرة.

قالوا: سبب غير ملجئ فأشبه إذا أمسكه حتى قتله آخر.

قلنا: لأن ذاك ليس بقاتل وهذا قاتل.

مسألة: لا يورث المرتد.

وقال أبو حنيفة: يرثه المسلم ما اكتسبه في إسلامه.

لنا: هو أنه لا يرث فلا يورث كالمكاتب ولا يلزم الجنين لأنه إن كان حيا ورث وإن كان ميتاً لم يرث ولأنه مال لو رجع إلى الإسلام كان أحق به فأشبه ما كسبه في حال الردة ولأن من لا يرثه المسلم ما اكتسبه في حال إباحة دمه لم يرثه ما اكتسبه في حال حقن دمه كالذمي إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ولأنه مال زال ملكه عنه في حال الصحة ولم يعد إليه حتى مات فلم يورث عنه كما لو باعه أو وهبه.

قالوا: حر لا يرثه الكافر فورثة المسلم كالمسلم.

---

(١) الإفصاح (٢/٧٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: حاشية الدسوقي (٤/٤٨٦)، روضة الطالبين (٦/٣٢)، المغني (٧/١٦٣).

(٢) الإفصاح (٢/٧٥)، وانظر: الاختيار (٣/٣٥٧- ٣٥٨).

قلنا: يجوز أن لا يرثه الكافر ولا يرثه المسلم كما لا يرث من الكافر ولا يرث من المسلم والمعنى في الأصل أنه حر مسلم فورثه المسلم وهذا كافر فلا يرثه المسلم كالذمي.

قالوا: المرتد كالمقيم على الإسلام بدليل أنه لا يسترق لحرمة الإسلام ويلزمه العبادات عندكم فهو كالمسلم.

قلنا: لو كان هذا كذلك لحلت مناكحته وحلت ذبيحته ولوجب أن يرث من المسلم وأن يرثه المسلم ما اكتسب في حال الردة لأنه كالمسلم.

قالوا: بالردة يصير كالميت بدليل أنه يزول ملكه عن أمواله فانتقل ماله إلى ورثته كالمسلم إذا مات.

قلنا: لو كان كالميت لوجب إذا ارتد وله ابن وأخ ومات الابن ثم مات المرتد أن لا يرثه أخوه لأن ماله قد انتقل إلى ابنه قبل أن يموت.

مسألة: إذا مات ولا وارث له نقل ماله إلى بيت المال إرثاً[(١)].

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل إرثاً[(٢)].

لنا: أن من حمل عنه العقل ورثه كالعصبات.

قالوا: لو ورثه المسلمون لم تصح وصيته لهم بالثلث ولم يصرف إلى من أسلم أو ولد بعد موته ولوجب أن يفضل الذكر على الأنثى كما نقول في الورثة المعينين.

قلنا: يجوز أن يكون ذلك على جهة الإرث وإن خالف المعنيين كما أن الوصية لغير المعين وصية وإن خالفت الوصية للمعين في اعتبار القبول والمسلمون يحملون عنه العقل كما يحمل المعينون من الأقارب وإن كان في حمل المسلمين يسوى بين الذكر والأنثى وفي حمل الأقارب الحمل على الذكور دون الإناث ثم جواز الوصية لأنه لا يتهم فيه وفي الورثة المعينين بينهم ويصرف إلى من يسلم ويولد بعد موته لأن الوارث المعين أيضاً يجوز أن يصرف ما ورثه إلى من يسلم ويولد بعده لمصالحه ولا يفضل الذكر على الأنثى لأنهما يستويان في حمل العقل ثم قد يسوى في الميراث بين الذكر والأنثى كما يقول في

---

(١) الإفصاح (٢/٧٤)، ووافق الشافعية مالك انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٦٤)، المهذب (٢/ ٣١).

(٢) الإفصاح (٢/٧٤)، ووافق الأحناف أحمد انظر: أحكام التركات والمواريث للشيخ محمد أبي زهرة (٨٩).

ولد الأم.

مسألة: لا يرث ذوو الأرحام [١].

وقال أبو حنيفة: يرثون [٢].

لنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ سئل عن ميراث العمة فقال: «**سارني جبريل أنه لا شيء لها**»[٣] وروى ابن عمران أن النبي ﷺ ركب إلى قبا يستحيوا الله في ميراث العمة والخالة فأنزل الله سبحانه «**أن لا ميراث لها**»[٤]، ولأن بنت الأخ امرأة لا يرث مع أخيها المساوي لها في القرابة فلا يرث إذا انفردت كبنت المولى يؤكده أن حال المرأة مع أخيها أقوى لها من حالها إذا انفردت بدليل بنت الابن مع البنات والأخت من الأب مع الأخوات من الأب والأم ترث مع أخيها ولا ترث وحدها فإذا لم ترث بنت الأخ مع أخيها فلأن لا ترث وحدها أولى، ولأن من لا يرث مع عصبة أبعد منه لم يرث كالقاتل ومن لا يرث مع المولى وعصبة المولى لم يرث بحال كالقاتل يؤكده أن الولاء مشبه بالنسب ولو ورث قدم على الولاء ولأن بنوة ولد البنت بنوة بها الزوج فلا يورث بها كبنوة الابن القاتل ولأن الميراث حق يستحق بالقرابة فلا يعم جميع القرابات كسائر الأحكام ولأن بيت المال جهة تعقل بها فلا يورث معها ذوو الأرحام كالعمومة، فإن احتجوا بقوله تبارك وتعالى: ﴿**وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ**﴾(الأنفال: من الآية٧٥).

قلنا: ليس فيه أنه بالميراث فإن أضمروا الميراث أضمرنا غيره ولأنه أراد المذكورين في آية المواريث ولهذا قال في كتاب الله وليس لهؤلاء ذكر في كتاب الله، فإن احتجوا بما روى عمر والمقدام بن معدي كرب وعائشة أن النبي ﷺ قال: «**الخال وارث من لا**

---

(١) الإفصاح (٧٣/٢)، ووافق الشافعية مالك انظر: الكافي لابن عبد البر (١٠٦٤/٢)، المهذب (٢/ ٣١).

(٢) الإفصاح (٧٣/٢)، ووافق الأحناف أحمد انظر: الاختيار (١٨٤/٤)، الكافي لابن قدامة (٣٠٧/٢)، المغني (٨٣/٧).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٩/٤) برقم (٩٨).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٢/٦) ح (١١٩٨٤)، والدارقطني في سننه (٩٨/٤) برقم (٩٥)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٤٠/٢) ح (١٦٥٧).

وارث له»[١].

قلنا: حديث عمر يرويه عبد الرحمن بن الحرث بن عباس بن أبي ربيعة وهو ليس بذاك القوي وحديث المقدام يرويه عمرو بن مسلم وقد ضعفه أحمد ويحيى والصحيح أنه موقوف على عائشة ثم يحتمل أنه أراد على سبيل السلب كما يقال الصبر حيلة من لا حيلة له والدليل عليه أنه قال لا وارث له فيصير حجه لنا ولأنه يحتمل أنه أراد إذا كان له تعصيب ويحتمل أنه أراد به السلطان فإنه يسمى خالاً. والدليل عليه أنه قال: «**يرثه ويعقل عنه**» وأخو الأم لا يعقل.

قالوا: له رحم فجاز أن يرث كسائر الورثة.

قلنا: بنت المولى لها رحم ثم لا يرث والمعنى في الأصل أنهم يدلون مع عصبات المولى وهؤلاء لا يرثون.

قالوا: ساووا المسلمين في الإسلام وانفردوا بالرحم فقدموا.

قلنا: الأخوة من الأب والأم ساووا الأخوة من الأم في المشركة وانفردوا بقربة الأب ثم لا يرثون عندهم فالقاتل وبنت المولى ساووا المسلمين في الإسلام وانفردوا بالرحم ولا يرثون وفقراء الأقارب ساووا سائر الفقراء في الزكاة وانفردوا بالقرابة ولا يقدمون.

مسألة: الباقي عن أهل الفرض لبيت المال .

وقال أبو حنيفة: ترد على أهل الفرض.

لنا: أنه ذو فرض لا تعصيب له فلا يرد على فرضه كالزوج ولأن بيت المال جهة يحمل عنه العقل فلا يرد معها على أهل الفرض كالعصبات.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**المرأة تحوز ثلث مواريث عتيقها ولقيطها وولد الذي لاعنت عليه**»[٢].

قلنا: المراد به حقها من هذه المواريث وخص هذه المواضع ليبين أنها تورث بالولاء من عتيقها وإن لم ترث بالولاء في غير هذا الموضع وأنه يدفع إليها من ميراث لقيطها علي سبيل المصلحة ومن ميراث وليها الذي لاعنت حتى لا يظن ظان أنها لا ترثه

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/٤٢٢) ح (٢١٠٤) وقال حسن غريب، والدارمي (٢/٤٧٤) ح (٣٠٥٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/٢١٥) ح (١١٩٩٢)، والدارقطني في سننه (٤/٨٦) برقم ٦١)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٤٠) ح (١٦٥٤).

(٢) أخرجه البخاري (١/٤٣٥) ح (١٢٣٣)، ومسلم (٣/١٢٥٠) ح (١٦٢٨).

كالأب.

قالوا: روي أن سعد قال: يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً وليس يرثني إلا بنت لي أفأتصدق بثلثي مالي [١].

قلنا: أراد من النساء فإن سعداً كان له بنون.

قالوا: روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «**ميراث ولد الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها**» [٢].

قلنا: لعله عن جده الأدنى فهو مرسل ثم المراد به حقها.

قالوا: وارث بسبب غير منقطع فجاز أن يحوز كل الميراث كالابن والأب.

قلنا: الابن عصبة والأب له فرض وتعصيب وهذا له فرض بلا تعصيب فهو كالزوج.

مسألة: لا يورث بالموالاة.

وقال أبو حنيفة: يورث.

لنا: أنه سبب لا يورث به مع النسب بحال فأشبه الرضاع، ولأنه عقد لا يبيح الوطء فلا يورث به كالأخيار، ولأن لماله مصرفا مستحقا فلا يصرف عنه بالموالاة كما لو كان له عصبات أوْ له من يعقل عنه فلا يورث بالموالاة كما لو كان له مولى.

قالوا: التعصيب أحد نوعي الإرث فانقسم إلى ما ينقسم وإلى ما لا ينقسم كالفرض.

قلنا: الفرض ينقسم إلى ما ينقسم مع وجود النسب والتعصيب لا ينقسم ولأن المنقسم في الفرض هو النكاح وهو أصل للنسب والمنقسم من التعصيب عندهم للموالاة وليس بنسب ولا أصل له ولا فرع فلم يورث به.

قالوا: قد رضي له بالمال فقدم على بيت المال كالموصى له.

قلنا: لو كان كذلك لوجب أن يستحق الثلث مع وجود النسب ولوجب إذا وصى لرجل تجميع ماله ثم والى رجلاً أن يكون المال بينهما نصفين ولأن الموصى له لا يحمل عنه العقل وهذا يحمل فدل على أنه غير موصى له.

مسألة: لا يسقط القربى من جدات الأب البعدى من جدات الأم في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: هو أن الأب لا يسقطها ومن لا يسقطها غيره لا يسقط من يدلي به كالأب مع

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢/٩١٦) ح (٢٧٤٢)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٤٩٠).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/٢٥٩) ح (١٢٢٧٩)، وأبو داود (٣/١٢٥) ح (٢٩٠٧).

الابن والعم مع الأخ.

قالوا: جدتان وارثتان فأسقطت القربى البعدى كأم الأم مع أم أم الأب وكأم الأب مع أم أم الأب.

قلنا: أم الأم جعلت كالأم فيجب أن تكون أم الأب كالأب وأم أم الأب فيجوز أن يسقط أم أم الأب ولا يسقط من يساويها في درجتها كالأب يسقط أمه ثم لا يسقط من يساويها في درجتها وهي أم الأم.

مسألة: الجد يقاسم الأخوة.

وقال أبو حنيفة: يسقطهم.

لنا: أن الأخ ذكر يعصب أخته فلا يسقط الجد، ولأن الأخت ترث النصف ولا يسقطها الجد كالبنت، ولأن الجد لا يحجب الأم عن الثلث فلم يسقط الأخ كالعم، ولأنهما نفسان من العصبات أدليا إلى الميت بواحد فلا يحجب أحدهما الآخر كالأخوين ولا ابني الابن.

قالوا: ذكر له رحم وتعصيب فأسقط الأخ كالأب.

قلنا: أم الأب يسقطها الأب ولا يسقطها الجد ولأن الأب يدلي به فأسقطه كالأخ مع ابن الأخ والجد يساويه الأخ في الإدلاء فلم يسقطه كالأخ مع الأخ.

قالوا: ابن الابن كالابن في حجب الأخ فكذلك أبو الأب.

قلنا: ابن الابن يحجب من يحجبه الابن وأبو الأب لا يحجب من يحجبه الأب وهو الأم من الثلث إلى ثلث الباقي.

قالوا: من خرج عن عمود الولادة لم يرث مع الجد كولد الأم وبني الأخوة.

قلنا: وإن خرج عن عمود الولادة إلا أنه بمنزلة من هو في عمود الولادة بدليل أن الذكر منهم يرث جميع المال ويعصب أخته والابن يرث النصف والابنتان يرثان الثلثين ويرث الأقصى مع الأدنى السدس تكملة الثلثين بخلاف ولد الأم ولأنه لا يمتنع أن يسقط بعض الأخوة دون البعض كالبنت يسقط الأخ من الأم دون سائر الأخوة والأخ من الأب والأم يسقط الأخ من الأب ولا يسقط الأخ من الأم، وأما بنو الأخوة فإنهم أنزل من الجد بدرجة فلم يرثوا معه والأخوة من الأب والجد تساووا في الدرجة فتساووا في الإرث.

قالوا: لو تشاركا لتشاركا وإن قل المال كالأخوين ولا خلاف أنه إذا اجتمع الزوج والأم والجد والأخ ورث الجد دون الأخ فدل على أنهما لا يشتركان.

قلنا: لأن الإرث للأخوة بالتعصيب والجد يرث بالرحم والتعصيب فإذا ورث

بالتعصيب شاركه وإذا ورث بالرحم فارقه كابني عم أحدهما أخ من أم.

قالوا: الأب كالجد مع أولاد الميت وهم آكد حالا فلأن يكون كالأب مع أولاد الأب أولى.

قلنا: لأن الأب لا يحجب أولاد الميت والأب يحجب أولاد الأب فلم يقم الجد مقامه في الحجب كابن الأخ من الأب والأم تقوم مقام ابنه مع من لا يحجبه أبوه ولا يقوم مقامه مع من يحجبه أبوه وهو الأخ من الأب.

قالوا: لو ورث الأخ مع الجد يورث من الأخ مع أب الجد.

قلنا: لأن أبا الجد لا يضعف عن الجد بالبعد وابن الأخ يضعف عن الأخ إلا ترى أنه لا يعصب أخيه.

قالوا: أبو الجد يسقط ابن ابنه وهم العم فكذلك الجد يسقط ابن ابنه.

قلنا: ابن الابن يعصب أخاه وأبو الجد لا يعصب.

مسألة: يشارك الإخوة من الأب والأم الأخوة من الأم في الثلث مع الزوج والأم.

وقال أبو حنيفة: لا يشاركونهم.

لنا: أنه فريضة جمعت ذلك أم وولد أب وأم يرث كل واحد من الفريقين إذا انفرد فإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الأب والأم كما لو لم يكن معها أم ولأنه اجتمع فيه معنيان فورث بكل واحد منهما فإذا حرم الإرث بأحدهما راحم بالمعنى الآخر من يساويه فيه كابنى عم أحدهما أخ من أم ولأن بالانفراد بزيادة القرب يوجب تأكيد الحال في الإرث فلا يجعل سبباً للإسقاط.

قالوا: لو جاز أن يرثوا بالفرض والتعصيب لجاز أن يجتمع لهم الأمران كالأب وابن العم إذا كان أخا من أم.

قلنا: في الأب تعصيب وولادة وفي ابن العم تعصيب وأخوة وهما معنيان مختلفان فاجتمع به الحقان وهاهنا الجميع أخوة فلا يجتمع به موجبان.

قالوا: لو وجب أن ينفرد بقرابة الأم في الإرث لوجب أن ينفرد في الإسقاط بالبنت حتى يشاركه الأخ من الأب فيما بقي من الثلث كابني عم أحدهما أخ من الأم مع البنت.

قلنا: الإرث مخلف للإسقاط ألا ترى أن الأب يمنع الأخوين من الإرث ولا يمنعهم من حجب الأم.

قالوا: من أدلى بإخوة الأب لم يشارك ولد الأم في الفرض كولد الأب وكما لو لم يكن في المشركة أم.

قلنا: ولد الأم ليس فيه إلا جهة واحدة فهي كالأم لا يرث إلا الفرض وهذا فيه جهتان فهو كالأم يرث بالفرض والتعصيب وإذا لم يكن في **المسألة** أم فهناك يرث بالتعصيب فلم يحتج إلى الأخذ بالفرض كالأب إذا انفرد وهاهنا لا يرث بالتعصيب بأخذه الفرض كالأب مع الابن.

مسألة: لا يرث المجوسي إلا بأقوى القرابتين.

وقال أبو حنيفة: يرث بهما.

لنا: هو أنه شخص واحد فلا يرث فرضين من فريضة كالأخت من الأب والأم ولأن من ورث فرضاً من فريضة لم يرث منها فرضاً آخر كالأخت إذا كانت زوجة.

قالوا: قرابتان من جهتين لو كانتا في شخصين ورثا بهما فإذا وجدتا في شخص ورث بهما كابن عم هو أخ من أم.

قلنا: يبطل بالأخت من الأب والأم وينكسر بالزوجة إذا كانت أختاً والمعنى في الأصل أنهما سببان يورث بأحدهما الفرض وبالآخر التعصيب وهاهنا سببان يورث بكل واحد منهما الفرض فورث بأقواهما.

قالوا: قرابة يورث بها عند الانفراد فلا يلغى عند الاجتماع كالأخت من الأب والأم.

قلنا: يبطل بالأخوة من الأب والأم في المشركة ويبطل بقرابة الأم في الأخت من الأب والأم.

مسألة: إذا مات عن ابن وخنثى مشكل دفع إلى الابن النصف وإلى الخنثى الثلث ووقف السدس [1].

وقال أبو حنيفة: يدفع إلى الابن الثلثان [2].

لنا: أن استحقاق الابن لما زاد على النصف مشكوك فيه فلا يدفع إليه كالدفع إلى الخنثى والدفع إلى الابن مع الحمل.

قالوا: القاضي نصب للفصل لا للإنفاق.

قلنا: إذا عرف فأما إذا جهل فلا كما قلنا في الحمل.

مسألة: ميراث ولد الملاعنة لا يدفع إلى عصبة أمه [3].

---

(١) الإفصاح (٢/٧٧)، و انظر: المهذب (٢/٣٠).

(٢) الإفصاح (٢/٧٧)، و انظر: الفتاوي الهندية (٦/٤٥٧).

(٣) الإفصاح (٢/٧٦)، ووافق الشافعية مالك. انظر: روضة الطالبين (٦/٤٣)، حاشية الدسوقي (٤/ =

وقال أبو حنيفة: يدفع [(١)].

لنا: أن من لا يرث مع المولى وعصبته لم يرث مع عدمهم كبنت المولى ولأنهم يدلون بمن لا تعصيب له فهو كبنتي البنت.

قالوا: روى الشعبي عن علي وعبد الله أنهما قالا: ولد الزنا بمنزلة ابن الملاعنة عصبته عصبة أمه.

قلنا: هو مرسل ولأنه قول اثنين.

قالوا: عصبة أمه مكان عصبته كالمولى.

قلنا: لأن مواليها مواليه في التزويج وبحمل الفعل وعصبتها ليست بعصبته في التزويج ويحمل الفعل ولأن الولاء ينجر فانجر إليه ولاء أمه والسبب لا ينجر ولأنها تأخذ بالولاء جميع المال فأخذ مولاها ولا يأخذ بالتعصيب بالقرابة فلا يأخذ عصبتها.

كتاب النكاح

مسألة: لا يجوز للمرأة أن تلي عقد النكاح [(٢)].

وقال أبو حنيفة: يجوز [(٣)].

لنا: ما روى أبو موسى أن النبي ﷺ قال: «**لا نكاح إلا بولي**»[(٤)] وفي حديث المقداد لا نكاح إلا بولي وما كان بغير ولي فهو مردود فإن قيل هي ولية نفسها قيل الولي يقتضي ولياً ذكراً ولأن حمله عليها يسقط فائدة تخصيص النكاح وروت عائشة أن النبي ﷺ قال: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها**

=

٤٨٥)، شرح ميارة (٢/٣١٥).

(١) الإفصاح (٢/٧٦)، و انظر: الفتاوي الهندية (٦/٤٥٢).

(٢) الإفصاح (٢/٨٩)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٧/٥٠)، ومغني المحتاج (٣/١٤٧)، المغني (٧/٣٣٧).

(٣) الإفصاح (٢/٨٩)، الهداية (١/٢١٣).

(٤) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/١٧٦) ح (٧٠٣)، وابن حبان في صحيحه (٩/٣٨٦) ح (٤٠٧٥)، والحاكم في مستدركه (٢/١٨٤) ح (٢٧١٠)، والترمذي (٣/٤٠٧) ح (١١٠١)، والبيهقي في الكبرى (٧/١٠٨) ح (١٣٣٩٣)، والدارقطني في سننه (٣/٢١٨-٢١٩) برقم (٤)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٢٠)، وأبو داود (٢/٢٢٩) ح (٢٠٨٥)، وابن ماجة (١/٦٠٥) ح (١٨٨٠).

باطل»[١] فإن اشتجروا فالسلطان وليٌّ من لا ولي له فإن أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها فإن قيل يرويه ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة وقد قال ابن جريج سألت الزهري عنه فقال لا أعرفه والراوي إذا أنكر الحديث سقط كشاهد الأصل إذا أنكر الشهادة.

قيل: قال يحيى بن معين الحديث صحيح وسليمان بن موسى ثقة وهذه الكلمة لم يحدث بها غير ابن عُلَيّه وهو عندنا صحيح ولعل الزهري نسيه بعد، ولأن الزهري يجوز أن يكون نسيه فلا يترك رواية الثقة عنه وقد رواه محمد بن يسار وأقره ابن عبد الرحمن ومحمد بن أبي موسى عن الزهري مثل رواية سليمان ويخالف الشهادة فإن أمرها آكد ولهذا لا يقبل فيها المرسل والعنعنة ولا تقبل من العبد بخلاف الخبر ولأنه رواه هشام بن عروة بدل الزهري ورواه شداد بن الهاد عن عائشة بدل عروة، فإن قيل دليله حجة عليكم وهو إذا نكحت بإذن وليها قيل أنتم لا تقولون به ونحن لا نقول به إذا أسقط الخطاب وهاهنا يسقط الخطاب لأنا إذا أجزنا بأذن الولي لزمنا أن نجيزه بغير إذنه فيسقط الخطاب فإن قبل الخبر تناوله من لها ولي وهي الأمة والصغيرة فأما الكبيرة فليس لها عندنا ولي.

قيل: للكبيرة أيضاً ولي في الاعتراض والتزويج عند المطالبة ولأن الصغيرة لا تسمى امرأة، ولأنه جعل المهر لها وجعل تزويجها عند الاستئجار إلى السلطان ولأن يكون هذا في الأمة ولأنه خص النكاح وفي الأمة والصغيرة النكاح وغيره سواء، ولأنها ناقصة العقل والدين سريعة الانخداع فلو فوض إليها لم يأمن أن يلحق العار بالأولياء فلا يجعل ذلك إليها كالفاسق في ولاية المال، ولأنه لو كان للنساء مدخل في النكاح لما اختص العصبات بالولاية على الصغيرة فإن احتجوا بقوله جل وعز «**فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف**».

قلنا: لا نسلم أن تزويجها بغير ولي معروفٌ ولأنه يعارضه قوله تعالى: ﴿**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**﴾ (البقرة: من الآية٢٣٢) واحتجوا بقوله ﷺ «**الأيم أحق بنفسها من وليها**»[٢].

قلنا: هو حجة لنا لأنه أثبت عليها ولاية ولأنه جعلها أحق فدل على أن لغيرها حقاً ثم المراد به والله وأعلم أنها أحق بالمطالبة ولهذا روي أنه قال: الثيب أحق بنفسها والذي

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٣٨/٧) ح (١٣٥٦٩)، وأبو داود (٢٢٩/٢) ح (٢٠٨٣).

(٢) أخرجه مسلم (١٠٣٧/٢) ح (١٤٢١).

يختلف فيه الثيب والبكر هو الإخيار دون العقد، فإن احتجوا بما روت عائشة أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إن أبي ونعم الأب زوجني من ابن أخيه ليدفع بي خسيسته فجعل النبي ﷺ الأمر إليها، فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن تعرف النساء أن ليس إلى آبائهن من أمورهن شيء [١].

قلنا: التزويج ليس من أمورهن وإنما أمورهن طلب الكفاءة.

قالوا: البضع لها وهي من أهل التصرف فملكت العقد عليه كالمال.

قلنا: هو لها إلا أنها لا تكمل للنظر فيه فهي كالمبذر في المال ولأن البضع لها إلا أنها لا تؤمن أن تضر بالولي في تصرفها فمنعت منه كاتقاد النار في سطحه عند هبوب الريح والخوف على الحيوان بخلاف المال فإنها مأمونة فيه.

قالوا: من قبل إقراره بالنكاح صح منه عقده كالرجل.

قلنا: المكاتبة يصح إقرارها بالنكاح ولا ينفرد به والمريض يصح إقراره بهبة جميع المال ولا يصح منه هبته ولأنه إذا أجاز أن يملك السيد تزويج عبده ولا يملك الإقرار جاز أن تملك المرأة أيضا الإقرار به ولا تملك التزويج والرجل لا يتعلق بنكاحها حق الولي والمرأة يتعلق بنكاحها ولهذا يعترض عليها لعدم الكفاءة وهي مبهمة في استيفائه فلا يجعل إليها ولهذا قالوا إن البينة لا تسمع في عتق العبد من غير دعواه وتسمع في عتق الأمة لأنها ربما تميل إلى السيد.

قالوا: من ملك التصرف في بذل البضع ملك التصرف في البضع كالولي.

قلنا: السيد يملك التصرف في بدل أم ولده والحر في بدل أطرافه ولا يملك التصرف فيها والمرأة تقبل شهادتها في أحد بدلي النفس ولا تقبل في الآخر.

قالوا: لو كانت موليا عليها لما رجع إلى رضاها كالصبي في المال .

قلنا: يرجع إلى رضاها لأن العقد يعقد لحظها وهي تعرف حظها غير أنها لفرط الشهوة تترك النظر فلم يجعل العقد إليها كالصغير يرجع إليه فيما تستوي لحظة الطعام والشراب ثم لا يعقد لنفسه، ثم يعارضه أنها لو كانت ولية لما طالبت الولي بالعقد ولا ملكت مدافعته إذا امتنع لعمل كما نقول في المال.

مسألة: لا يصح النكاح بولي فاسق.

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٣/٢٨٤) ح (٥٣٩٠)، وابن ماجة (١/٦٠٢) ح (١٨٧٤)، والإمام أحمد في مسنده (٦/١٣٦) ح (٢٥٠٨٧).

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**أيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل**»(١)، ولأنه ولاية في حق الغير فنافاها الفسق في الدين كولاية الحكم، ولأنه إحدى الولايتين فنافاها الفسق في الدين كولاية المال، ولأنه إذا نافى ولاية المال وأمره أخف فلأن ينافي ولاية البضع وأمره أشد وأولى، ولا نقص يمنع الشهادة فمنع تزويج المناسبة كالرق.

قالوا: من أهل ميراثها وله قول صحيح فأشبه العدل.

قلنا: له قول صحيح في حق نفسه فأما في حق غيره فلا ولهذا يقبل إقراره على نفسه ولا تقبل شهادته على غيره فصار كمن ليس له قول صحيح.

قالوا: من ملك أن يقبل النكاح لنفسه بنفسه ملك أن يقبل النكاح لغيره كالعدل.

قلنا: عقود المال يقبلها لنفسه ولا يقبلها لغيره.

قالوا: يملك تزويج أمته فملك تزويج ابنته كالكافر.

قلنا: تزويج الأمة تصرف في حق نفسه وتزويج البنت في حق غيره وحكم الأمرين يختلف ولهذا يملك بيع رقبة أمته ولا يملك بيع مال ابنته ثم الكافر يلي مال ولده ويقر على الوصية إليه عندهم وتقبل عندهم شهادته والفاسق بخلافه.

قالوا: لو كان الفسق يسقط الولاية لوجب إذا عضلها ثم زوجها أن لا يصح لأن بالعضل يفسق.

قلنا: إن كان العضل بتأويل فلا يفسق وإن كان بغير تأويل فسق ويحتمل أن لا يصح بعد ذلك تزويجه ما لم يظهر توبته.

مسألة: لا يصح النكاح بشهادة فاسقين (٢).

وقال أبو حنيفة: يصح (٣).

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٢٤/٧) ح (١٣٤٩٣)، والدارقطني في سننه (٢٢١/٣) ح (١١)، وسعد بن منصور في سننه (١٨١/١) ح (٥٥٣)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٦٠/٢) ح (١٧٠٤).

(٢) الإفصاح (٩٤/٢)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: مغني المحتاج (١٤٥/٣)، المغني (٤٤١/٧).

(٣) الإفصاح (٩٤/٢)، وانظر الفتاوي الهندية (٢٦٧/١).

لنا: ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**»[1]، ولأن ما افتقر إلى الشهادة افتقر إلى العدالة كالإثبات ولأنها شهادة يشرط فيها الحرية فشرط فيها العدالة كالأداء.

فإن قيل: الأداء نقل فاتهم فيه وهذا حضور وليس في الحضور خلل.

قيل: الحضور نداء للنقل فإذا لم يكن من أهل النقل لم يعتد بحضوره، ولأنه لو كان هذا صحيحاً لوجب أن يصح بكل قرين وعبدين وصغيرين لأنه لا خلل في حضورهم.

قالوا: الفاسق من أهل الشهادة بدليل أنه لو رد ثم تاب وأعاد لم تقبل لأنها شهادة مردودة فلو لم يكن من أهل الشهادة لقبل إذا تاب كالكافر إذا رد ثم اسلم وأعاد والعبد إذا رد ثم عتق وأعاد فصار كالعدل.

قلنا: لو كان من أهل الشهادة لقبلت في موضع ولأنه إذا لم يكن الكافر والعبد من أهلها وقد رد في حال وقيل في حال فالفاسق الذي رد في الحالين أولى وعلى أنه إنما لم يقبل إذا تاب للحقه العار في الرد وربما أظهر التوبة ليزيل العار ولم يثبت في الحقيقة وهذا لا يوجد في العبد والكافر.

قالوا: من قبل النكاح لنفسه بنفسه جاز أن يكون شاهداً فيه كالعدل.

قلنا: ينكسر بالعبد إذا إذن له في النكاح، ثم القبول تصرف في حق نفسه والشهادة أمانة في حق غيره فلا يدل أحدهما على الآخر ولهذا يجوز أن يكون الفاسق مدعيا للنكاح ثم لا يكون شاهداً في دعواه ويخالف العدل فإنه يحصل به مقصود الشهادة وهو الأداء والفاسق بخلافه.

قالوا: من ملك إمضاء أمر شهادة لم يجز أن يزيد حال الشاهد على حال الممضي كالحاكم في الحكومات.

قلنا: يبطل بالعبد إذا إذن له في النكاح ثم نقلب فنقول فاعتبر العدالة في شهود كالحاكم ثم الحاكم يتصرف في حق الغير كالشاهد وهاهنا الزوج يتصرف في حق نفسه فزاد حال الشاهد على حاله كالمدعي.

قالوا: تحمل شهادة فأشبه الشهادة في سائر العقود.

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٨٦/٩) ح (٤٠٧٥)، والبيهقي في الكبرى (١٢٤/٧) ح (١٣٤٩٤)، والدارقطني في سننه (٢٢١/٣)، والإمام الشافعي في مسنده (٢٢٠/١)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٥٦/٢) ح (١٦٨٧).

قلنا: إلا أنه سلك به مسلك الأداء بدليل أنه شرط فيه الحرية والبلوغ والإسلام بخلاف سائر العقود.

قالوا: لو كانت العدالة شرطا لاعتبر البحث عن العدالة كما قلتم في الأداء.

قلنا: على قول أبي سعيد الإصطخري يعتبر البحث وإن سلم فلأن الإثبات يحضره الحاكم ولا مشقة عليه في معرفة العدالة الباطنة لأنه نصب لذلك والعقد يتولاه الخاص والعام وفي إيجاب البحث مشقة فاكتفى بالعدالة الظاهرة.

مسألة: لا ينعقد النكاح ولا يثبت بشاهد وامرأتين.

وقال أبو حنيفة: ينعقد ويثبت.

لنا: حديث عائشة، ولأن مالا يقصد به المال واطلع عليه الرجال لم يثبت بشاهد وامرأتين كالحدود والقصاص ولأن من لا مدخل له في الشهادة في الحدود لم يكن له مدخل في الشهادة في النكاح كالصبيين.

قالوا: حق لا يسقط بالشبهة فأشبه الأموال والبيوع والآجال في الديون.

قلنا: القصد في الأصل المال فثبت بالشاهد والمرأتين كقتل الخطأ ووطء الشبهة والقصد هاهنا البضع وما لا يدخله فهو كالقصاص والزنا ولأن المال وما يقصد به المال يقضي فيه بالنكول ويدخل فيه البدل فضعف امرأة والبضع لا يقضي فيه بالنكول ولا يدخله البدل فالتحق بالحدود والقصاص.

قالوا: ما قام الغير ثبت به النكاح كالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلي القاضي.

قلنا: ذاك بينة قوية ويثبت بمثلها الحدود والقصاص وهذه بينة ضعيفة لا يثبت بها الحدود، والقصاص فهي كالشاهد واليمين.

مسألة: لا ينعقد نكاح المسلم بالذمية بشهادة كافرين.

وقال أبو حنيفة: ينعقد.

لنا: أن من لا ينعقد بشهادته نكاح مسلمين لم ينعقد بشهادته نكاح مسلمين لم ينعقد بشهادته نكاح مسلم وذمية كالعبدين ولأن سماعهما في حق المسلم كالإسماع أولا يقبل شهادتهما عليه فيصير كما لو حضر الإيجاب ولم يحضر القبول.

قالوا: من جاز أن يكون ولياً في نكاح جاز أن يكون شاهداً في مثله كالمسلم.

قلنا: لأن الولي لا يجوز أن يكون مسلما والشاهد يجوز أن يكون مسلما فلم يجز أن يكون كافراً.

مسألة: يجوز للأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها**»(١) أخرجه مسلم، ولأن من لا يفتقر نكاحها إلى الأذن بالنطق لم يفتقر إلى أذنها كالصغيرة وعكسه الثيب والغلام فإن قيل الإذن بالنطق يعجز عنه لفرط الحياء فسقط في الثبت الخرساء.

قيل: بالحياء لا يسقط النطق كما نقول في ذكور أولاد العجم ولأنه أحد حالتي البكر فكان للأب فيها مزية على سائر أوليائها كحال الصغر.

فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا البكر إلا بإذنها**»(٢).

قلنا: تحمله على الاستحباب كما قال: «**أمروا النساء في بناتهن**»(٣).

فإن احتجوا بما روى ابن عمر أن النبي ﷺ كان ينزع النساء من أزواجهن ثيبات وأبكاراً إذا كرهن ذلك بعد ما يزوجهن آباؤهن وأخوتهن (٤).

قلنا: لعله أراد إذا وضعن في غير أكفائهن، فإن احتجوا بما روى ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ (٥)..

قلنا: رواه أبو داود مسنداً ومرسلاً عن عكرمة وقال المرسل هو المعروف ولأنه إنما خيرها لأنه وضعها فيمن لا يكافئها وقد بينت عائشة ذلك في الحديث الذي رويناه في

---

(١) أخرجه مسلم (٢/١٠٣٧) ح (١٤٢١).

(٢) أخرجه أبو عوانه في مسنده (٣/٧٣) ح (٤٢٣٩)، والترمذي (٣/٤١٥) ح (١١٠٧)، وقال: حسن صحيح. والدارمي (٢/١٨٦) ح (٢١٨٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/١١٩) ح (١٣٤٦٠)، والدارقطني في سننه (٣/٢٣٨)، وأبو داود (٢/٣٢١) ح (٢٠٩٢)، والنسائي في الكبرى (٣/٢٨٢) ح (٥٣٧٨)، وابن ماجة (١/٦٠١)، ح (١٨٧١)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٦٣) ح (١٧١٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٢/٢٣٢) ح (٢٠٩٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٣٤) ح (٤٩٠٥).

(٤) أورده ابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٦٢).

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/١١٧) ح (١٣٤٤٧)، والدارقطني في سننه (٣/٢٣٤) برقم (٥٦)، وأبو داود (٢/٢٣٢) ح (٢٠٩٦)، وابن ماجة (١/٦٠٣) ح (١٨٧٥)، والإمام أحمد في مسنده (١/٢٧٣)ح (٢٤٦٩)، وأبو يعلى في مسنده (٤/٤٠٤) ح (٢٥٢٦)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٦٢) ح (١٧٠٧).

النكاح بلا ولي.

فإن احتجوا بأن خنساء قالت زوجني أبي وأنا بكر فشكوت إلى النبي ﷺ فقال: «**لا تنكحها وهي كارهة**»[1].

قلنا: روى البخاري أن أباها زوجها وهي ثيب [2].

قالوا: ولي في نكاحها فلا يملك إجبارها كالأخ والعم.

قلنا: ولاية الأب آكد، ألا ترى انه إذا زوجها الأب وهي صغيرة ثم بلغت لم يكن لها الخيار ولو زوجها غيره ثبت ولو قصر الأب في مهرها لم تعرض عندهم ولو قصر غيره اعترضت عليه.

مسألة: لا يجوز تزويج الثيب الصغيرة.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: قوله ﷺ: «**ليس للولي مع الثيب أمر**»[3] ولأنها حرة سليمة موطوءة في القبل فأشبهت الكبيرة، ولأن ما أخرج الولي عن كمال الولاية في حال الكبر أخرجه في حال الصغر كالعتق.

قالوا: غير متكلف فأشبه البكر والغلام.

قلنا: ليس العلة في البكر ما ذكرت بل العلة البكارة وولاية النكاح تختلف بالثيوبة والبكارة ألا ترى أن البكر الكبيرة يجوز تزويجها بغير نطقها ويجوز قبض صداقها بغير إذنها ولو كانت ثيباً لم يجز وإن كانت مكلفة في الحالين فأما الغلام فإنه لا تأثير للثيوبة والبكارة في حقه ألا ترى أن إذنه في الحالين بالنطق وتسليم مهر امرأته في الحالين بالإذن ولأنه ليس في تزويج الغلام افتيات لأنه إذا بلغ كان الطلاق بيده وفي تزويج الثيب افتيات لأنها تحصل من رق الزوجية.

قالوا: عقد يملكه في حق البكر فملكه في حق الثيب كعقود المال.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٢٣/٧) ح (١٣٤٨٩)، والدارقطني في سننه (٢٣١/٣)، والإمام أحمد في مسنده (٣٢٨/٦) ح (٢٦٨٣١).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٧٤/٥) ح (٢٦٨٣١).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٩٩/٩) ح (٤٠٨٩)، والبيهقي في الكبرى (١١٨/٧)، والدارقطني في سننه (٢٣٩/٣)، وأبو داود (٢٣٣/٢) ح (٢١٠٠)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٢٨١) ح (٥٣٧٤)، والإمام أحمد في مسنده (٣٣٤/١) ح (٣٠٨٧)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٦٤/٢) ح (١٧١٧).

قلنا: عقود المال لا يختبر مقصودها بالثيوبة وهذا يختبر بالثيوبة ولهذا تختلف صفة الإذن وقبض العوض بها بخلاف عقود المال ولأنه ليس في عقود المال افتيات لأن القصد تحصل العوض والولي ينوب عنها في ذلك وفي النكاح القصد أعيان الأزواج وفي التزويج تفويت ذلك عليها ولأن المال يفوت بترك النصف والبضع لا يفوت.

قالوا: الصغر سبب يستحق به الولاية فاستوى فيه الثيب والبكر كالجنون.

قلنا: ليس لزوال الجنون غاية منتظرة فلم يكن في تزويجها افتيات ولزوال الصغر غاية منتظرة وفي تزويجها افتيات فهو كتزويج النائمة.

مسألة: إذا ذهبت بكارتها بالزنا زوجت تزويج الثيب.

وقال أبو حنيفة: تزوج تزويج الأبكار.

لنا قوله ﷺ: «**الثيب يعرب عنها لسانها**»(١) ولأنها موطوءة في القبل فلم يكن إذنها الصمات كالموطوءة بشبهة.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ علل في البكر وهذه العلة موجودة في الزانية لأنه متى استأذنها الولي اعتقدت أنه يزوجها للإعفاف فيستحيي.

قلنا: النبي ﷺ يعتد بالبكارة وإنما قال له الصحابي: إنها تستحيي فقال: «**إذنها صماتها**»(٢) والاعتبار بتعليل الرسول ولأنه إنما جعل حياء البكارة علة وقد زال حياء البكارة بالزنا وما ذكروه من حياء الإعفاف يبطل به إذا وطئت بشبهة ثم زنت فإنها يتصور أن تزوج للإعفاف فتستحي ثم لا يكون إذنها بالصمات.

قالوا: ذهبت بكارتها بمعنى لا يتعلق به شيء من الأحكام المختصة بالنكاح فأشبه إذا ذهبت بظفرها أو حيضة.

قلنا: يبطل به إذا وطئها وفي الأصل وجهان وإن سلم فلأن هناك لم تختبر الرجال وهاهنا اختبرت الرجال.

قالوا: ذهبت بكارتها بمعنى يشينها فأشبه إذا طعنت في فرجها.

قلنا: يبطل بمن وطئها أخوها بالنكاح.

قالوا: وطء لمحض تحريمه فأشبه الوطء في الدبر.

قلنا: يبطل بوطء الحائض والوطء في الدبر لا يختبر به الرجال وهذا بخلافه.

---

(١) أخرجه ابن قانع في معجم الصحابة (٣١٠/٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٥٦/٦) ح (٦٥٧٠) ومسلم (١٠٣٧/٢) ح (١٤٢١).

قالوا: اعتبار النطق إشاعة الفاحشة لأن من لا يعلم بزناها يعلم عند الاستئذان بالنطق.

قلنا: يستأذنها سراً فلا يؤدي إلى ذلك ثم يبطل بإقامة الحد عليها وتعرف مهر قبلها إذا وطئت بشبهة.

مسألة: لا يجوز لغير الأب والجد تزويج الصغيرة [١].

وقال أبو حنيفة: يجوز لكل وارث في إحدى الروايتين ولكل عصبة في الأخرى [٢].

لنا: ما روى ابن عمر قال: زوجني قدامة بن مظعون ابنة أخيه فأتى المغيرة أمها فأرغبها في المال فرغبت في وزهدت فيه فقال: قدامة لرسول الله أنا عمها ووصي أبيها وقد زوجتها من عبد الله بن عمر. فقال ﷺ «**يتيمة وإنها لا تنكح إلا بإذنها**» فأبطل نكاح العم وعلل بأنها يتيمة.

فإن قيل: كانت بالغة وزوجت وهي كارهة ولهذا قال ﷺ «**إلا بإذنها**» وليس للصغير إذن.

قيل: الكبيرة لا تسمى يتيمة ولهذا قال ﷺ «**لا يتم بعد الحلم**». وقوله إلا بإذنها بيان للعلة التي يتعلق بها الحكم فلا يدل على إذن في الحال كما قال ﷺ «**رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وإن لم يكن بعد البلوغ صبياً**» ولأن تعلقنا بتعليله وهو أنها يتيمة وهذه العلة موجودة في الصغيرة ولأن من لا يملك التصرف في مال الصغيرة بنفسه لم يملك تزويجها كالأجنبي أو لأولاده بينهما ولا حق ملك فلم يملك تزويجها بنفسه كالأجنبي يقبل شهادته لها فأشبه ما قلنا ولأنه ناقص الشفقة فأشبه ما قلناه ولأنه لو ملك العقد عليها لم يثبت لها الخيار إذا بلغت كالأب والوصي والحاكم في مالها.

فإن قيل: لها ثبت الخيار لأنه تصرف في البضع والمال وهو الصداق وهو ليس من أهل التصرف في المال.

قيل: إلا أنه من أهل التصرف في الصداق، ولأنه لو كان للصداق لاختص الخيار بالصداق.

فإن احتجوا بقوله جل وعز: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ**﴾ (النساء: من الآية٣) قالت عائشة: هي اليتيمة تكون عند الرجل وهو

---

(١) الإفصاح (٢/٩١)، وانظر: الأم (٥/١٥)، مغني المحتاج (٣/١٤٩)، المهذب (٢/٣٧).

(٢) الإفصاح (٢/٩١)، وانظر الهداية (١/٢١٥).

وليها فتزوجها ويسيء صحبتها ولا يعدل في مالها فيتزوج ما طاب له من النساء سواها فدل على أنه إذا لم يخف أن لا يعدل جاز.

قلنا: أنتم لا تقولون بدليل الخطاب ونحن نقدم القياس عليه.

قالوا: روي أن النبي ﷺ زوج بنت عمه حمزة من عمر بن أبي سلمة وقال: «**أما يكافئك**» وكانت صغيرة.

قلنا: يجوز أن تكون بالغة وقد تسمى البالغة صغيرة.

قالوا: ولاية على الصغيرة على وجه المصلحة فلا يتعطل باليتم كولاية المال.

قلنا: نقلب فلا يثبت لغير الأب والجد من غير تولية أو لا يثبت للأخ بالقرابة كولاية المال ثم الملك يحتاج إلى التصرف فيه حتى لا يذهب بالنفقة والبضع لا يحتاج إلى التصرف فيه إلا بعد البلوغ فلا يفتأت عليها فيه.

قالوا: عصبة له قول صحيح أو من أهل ميراثها بسبب ثابت حال الاستحقاق وله قول صحيح فأشبه الأب.

قلنا: الأب كامل الشفقة فجاز أن ينفرد بالتصرف والأخ ناقص الشفقة ولهذا يجوز للأب أن يتصرف في مالها بنفسه ولا يجوز للأخ وإذا زوجها الأب لزمها العقد وإذا زوجها الأخ لم يلزمها.

قالوا: له ولاية عليها في حال الكبر فملك تزويجها في حال الصغر كالأب.

قلنا: ولاية في حال الكبير بالإذن فلا يدل على الولاية في حال الصغر بغير الإذن كما يملك الولاية عليها في حال اليقظة والإفاقة بالإذن ثم لا يملك في حال الإغماء والنوم من غير إذن لأنا نعارضه فنقول: ليس بولي لها في حال الكبر من غير إذن فلا يفتأت عليها في حال الصغر كالأجنبي.

مسألة: لا يجوز للابن أن يزوج أمه [1].

قال أبو حنيفة: يجوز إذا جنت [2].

لنا: هو أنه ليس من عشيرتها فلم يملك تزويجها من تولية ولا حق ملك كالحال

---

(١) الإفصاح (٢/٩٧)، وانظر روضة الطالبين (٧/٦٠).

(٢) الإفصاح (٢/٩٧)، ووافق الشافعية مالك وأحمد وانظر: الفتاوي الهندية (١/٢٨٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢٥)، كفاية الطالب الرباني (٢/٤٢)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٢٤)، المغني (٧/٣٤٧).

والأجنبي يؤكده أن الولاية تدفع العار عن النسب ولا نسب بينهما.

فإن قيل: أن لم يلحقه عار النسب إلا أنه يلحقه بالبنوة.

قيل: ما يلحق من غير النسب لا يوجب الولاية كما يقول: في الحال ولأنه لو اعتبر عار البنوة لوجب أن يملك منعها من النكاح لأنه يرى نكاحها عاراً كما يمنع الأخ من نكاحها بغير كفء ولأن الابن ليس بأصل في الولاية لأن أباها سبقه وليس بفرع لأبيه لأنه أجنبي منها ولا فرع لأمه لأن الأم لا ولاية لها في النكاح فبطل أن يكون ولياً فإن احتجوا بأن النبي ﷺ خطب أم سلمة فقالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً فقال لها رسول الله ﷺ: «**ليس أحد منهم شاهداً ولا غائباً إلا وسيرضاني**»[1].

قال: قم يا عمر فزوج رسول الله فزوجها.

قلنا: هو حجة لنا لأنها قالت ليس من أوليائي شاهد ولو كان الابن ولياً لأنكره النبي ﷺ ولأنه إنما زوجها لأنه ابن عمها فإن أم سلمة بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وابنها عمر بن عبد الله بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم.

قالوا: عصبة له قول صحيح فأشبه سائر العصبات.

قلنا: الأخت عصبة مع البنت ثم لا تزوج والحليف عصبة عندهم ثم لا يزوج والمعنى في الأصل أنهم من أهل نسبها فيلحقهم عار النسب والابن ليس من أهل نسبها فهو كالحال.

قالوا: حق يستحق بالتعصب فقدم الابن فيه على الأب كالميراث.

قلنا: الميراث يثبت للبنات والأخوات ولا يثبت ولاية النكاح، ولأن الإرث يستحق بالقرابة وهو من أقرب الأقارب والولاية لدفع العار عن النسب وليس بينهما نسب، ولأن الميراث مال لها فانتقل إليه منها والتزويج ليس بحق لها فلم ينتقل إليه منها.

قالوا: ما وضع لدفع العار ثبت للابن من جهة الأم كحد القذف.

قلنا: ذاك لدفع العار عن العرض فثبت لها وانتقل إلى الورثة كسائر أموالها وهذا لدفع العار عن النسب ولا نسب بينهما يدل عليه أن المقذوف إذا ترك حقه من المطالبة لم

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٧/٢١٢) ح (٢٩٤٩)، والحاكم في مستدركه (٤/١٨) ح (٦٧٥٨)، والبيهقي في الكبرى (٧/١٣١) ح (١٣٥٣٠)، والنسائي في الكبرى (٣/٢٨٦) ح (٥٣٩٦)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٣١٣) ح (٢٦٧١١).

يكن لأهل نسبها المطالبة ولو رضيت المرأة بغير كفؤ ثبت لأهل نسبها الاعتراض.

مسألة: الأخ من الأب والأم لا يقدم على الأخ من الأب في قوله القديم.

وقال أبو حنيفة: يقدم.

لنا: أنهما استويا في قرابة الأب فلا يكون أحدهما أولى من الآخر في التزويج دليله إذا كانا من الأب ولأن الأم لا ولاية لها في النكاح لأن الولاية لدفع العار عن النسب والنسب إلى الأب، ولأنه لو اجتمع الأب والأم كانت الولاية للأب دون الأم وإذا ثبت هذا.

قلنا انفرد أحد الوليين بما لا مدخل له في الولاية فأشبه إذا انفرد بالرضاع.

قالوا: يدلي بأحد الأبوين فقدم عليه من يدلي بهما كالأخ من الأم.

قلنا: الأخ من الأم لا يساوي الأخ من الأب والأم في عار النسب والأخ من الأب يساويه فساواه في الولاية ولهذا لو اجتمع الأخ من الأم مع الأخ من الأب لم يساوياه أيضاً وإن كان كل واحد منهما يدلي بأحد الأبوين فدل على أن العلة ما ذكرناه.

قالوا: حق يستحق بالتعصيب فأشبه الميراث والولاء.

قلنا: للأم مدخل في الإرث والولاء فيقدم بها ولا مدخل لها في الولاية فلم يقدم.

مسألة: إذا غاب الولي لم تزوج من دونه.

وقال أبو حنيفة: تزوج في الغيبة المنقطعة.

لنا: أنه غيبة فلم يسقط ولايته كغير المنقطعة أو ولاية فلا يزول بالغيبة كولاية المال ولأنه يجوز له تزويجها في موضعه ولوكيله تزويجها فدل على ثبوت ولايته وإذا ثبتت ولايته لم يثبت لمن دونه من غير إذنه كما لو كان حاضراً فعضلها.

قالوا: تعذر الوصول إلى إذنه فكان لمن بعده أن يزوج كما لو جن.

قلنا: يبطل به إذا عضلها وينكسر بولاية المال والجنون يسقط الولاية بدليل أنه لا يملك تزويجها بنفسه ولا بخلافه بوكيله والغيبة.

قالوا: للأب والغائب قرب القرابة وللجد الحاضر قرب النظر، فتساويا في الولاية.

قلنا: يبطل بولاية المال. وبالغيبة غير المنقطعة.

مسألة: لا يجوز للولي والوكيل تزويج المنكوحة من نفسه [١].

وقال أبو حنيفة: يجوز [٢].

---

(١) الإفصاح (٢/١٠١)، وانظر: روضة الطالبين (٧/٧١).

(٢) الإفصاح (٢/١٠١)، ووافق الأحناف مالك. انظر: الهداية (١/٢٢٠)، الشرح الكبير على حاشية =

لنا: ما روى سعيد بن المسيب أن النبيّ ﷺ قال: «**لا يتزوج الرجل المرأة حتى يكون الولي غيره، ولا يشتري الوالي شيئاً من الغنيمة ولا الوصي شيئاً من الميراث**»[(١)].

وروت عائشة أن النبيَّ ﷺ قال: «**كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح، خاطب، وولي، وشاهدان**»[(٢)] ولأن من ملك إيجاب العقد بالإذن لم يتول شطريه كالوكيل في البيع ولأنه غير كامل الشفقة فلا يتولى شطري العقد، كالوكيل في البيع.

فإن قيل: في البيع تتعلق الحقوق بالعاقد، فيكون مطالباً، ومطالباً، ومسلِّماً، ومتسلِّماً، وراجعاً بالعهدة، ومرجوعاً عليه بخلاف النكاح.

قيل: يبطل بالأب في بيع مال الولد من نفسه.

فإن قيل: في البيع العوض مقصود فيتهم في نقصانه.

قيل: عندكم يجوز للوكيل البيع بما شاء من غيره فلا يجوز أن يمنع من البيع من نفسه لذلك، ولأن في النكاح عين الزوج أيضاً مقصود فيتهم في تفويت ذلك، ولأنه شخص اعتبر في النكاح احتياطاً، فلم يجز أن يكون هو الزوج كالشاهد.

فإن احتجوا: بقوله جلّ وعز: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لا تُؤْتُونَهُن * مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ**﴾ (النساء: من الآية١٢٧)، قالت عائشة: نزلت في شأن اليتيمة في حجر وليها، والولي الذي يتزوجها ابن العم.

قلنا: المراد به مبالغة لأنه قال: ﴿**لا تُؤْتُونَهُنَّ**﴾ (النساء: من الآية١٢٧) والتي يصح إيتاؤها هي البالغة، ويصح للولي نكاحها بأن يزوجها به القاضي.

فإن احتجوا: بأن النبي ﷺ «**أعتق صفية وتزوجها**».

قلنا: لعله جعل الإيجاب إلى غيره، أو أوجبت صفية ويجوز ذلك في حق النبي ﷺ في قول بعض أصحابنا.

=

الدسوقي (٢/٢٣٣).

(١) أورده ابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٧٣).

(٢) من حديث أمّنا السيدة عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، لابد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٢٢٤)، وقال: أبو الخصيب مجهول، واسمه نافع بن ميسرة.

قالوا: ولاية بالشرع فملك بها الشطرين كولاية الأب في مال الابن، والجد في تزويج ابن ابنه من بنت ابنه.

قلنا: عندكم يملك الوكيل الشطرين، وإن لم يكن بالشرع فلم يؤثر الوصف، ولأنه وإن كانت ولايته بالشرع إلا أنها كالتوكيل لأنها تفتقر إلى الإذن، والوكيل في البيع لا يملك الشطرين فكذلك هذا، وفي الأصل يملك الإيجاب بالوحدة فملك الشطرين وحده، وهذا لا يملك بالوحدة فلا يملك الشطرين وحده.

قالوا: أوجب من يصلح أن يكون موحياً لمن يصلح أن يكون زوجاً فأشبه إذا زوجها من أجنبيّ.

قلنا: ينكر بالوكيل في البيع من نفسه، ولأنه يجوز أن يوجب للأجنبيّ دون نفسه، كما يشهد في نكاح الأجنبي دون نكاح نفسه.

مسألة: إذا زوج الصغيرة من غير كفء لم يصح النكاح في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه عقد في حق المولى عليه على وجه لا نظر له فيه فلم يصح كما لو باع شيئاً بدون الثمن، ولأنه إذا لم يملك التقصير في البيع وأمر المال أسهل ويمكن فيه التدارك فالبضع أولى.

قالوا: حق الكفاءة للولي، وقد رضي به فصح.

قلنا: بل هو له ولها، ولهذا يثبت لها الاعتراض.

قالوا: نكاح يصح إذا اتفقا عليه، فصح إذا انفرد به كنكاح الكفء.

قلنا: في الأصل استويا في الحق. فهو كالبيع بثمن المثل وهاهنا أسقط الحق فهو كالبيع بدون الثمن.

قالوا: لو قصر في مهرها صح العقد فكذلك في الكفاءة.

قلنا: لأن المهر عقد منفرد عن النكاح، وهذا يقصر في نفس النكاح فمنع صحته.

مسألة: إذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء برضاها.

قلنا: إنه يصح ثبت للباقين الاعتراض [1].

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: حاشية الشيخ على الصعيدي على كفاية الطالب الرباني (٢/٤٣)، مغني المحتاج (٣/١٦٤).

وقال أبو حنيفة: لا يثبت [١].

لنا: هو أن من لحقه العار لعدم الكفاءة لم يسقط حقه برضاء غيره، كالمرأة لا يسقط حقها برضاء الولي، والولي لا يسقط حقه برضاء المرأة، ولأنه حق يثبت لدفع العار فلم يسقط بإسقاط بعض الشركاء كحد القذف، ولأنه حق يسقط إلى غير بدل فلم يسقط بإسقاط بعض الشركاء كالشفعة.

قالوا: له أن ينفرد بالنكاح فلم يعترض عليه كالمنفرد بالولاية.

قلنا: يبطل بالمرأة على قولهم، والمعنى في الأصل أنه لا حق لغيره، وهاهنا الحق مشترك بينه وبين غيره فلم يسقط حقه بإسقاط شريكه.

قالوا: ولاية لا تتبعض فإذا أسقط بعضهم حقه سقط حق الباقين كالعفو عن القصاص.

قلنا: القصاص ثبت لكل واحد بعضه، فإذا أسقط بعضهم حقه لم يمكن استيفاء حق الباقين، وهاهنا تثبت الولاية لكل واحد منهم بكمالها، فصار كحد القذف، وكما لو قتل اثنين فعفا وليٌّ أحدهما، ولأن القصاص يسقط إلى بدلٍ، وهذا يسقط إلى غير بدل، فهو كالشفعه وحد القذف.

مسألة: لا يجوز أن يجبر أمته على نكاح أبرص أو مجذوم أو مجنون.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: بأنها منكوحة لها الخيار بعنة الزوج فلم تجبر على مجذوم كالحرة البالغة.

قالوا: عقد معاوضة فأشبه البيع والإجارة.

قلنا: ذاك لا يقصد به الاستمتاع، وهذا يقصد به الاستمتاع، وهذا يمنع الاستمتاع.

مسألة: إذا زوج ابنته بأقل من مهر المثل، أو ابنه بأكثر من مهر المثل لم تصح التسمية.

وقال أبو حنيفة: يجب المسمى.

لنا: أنه معارضة في حق الغير فلا يملك به المحاباة فيها بما لا يتغابن به من إذن المستحق كبيع مالها، وإجارة دارها وتزويج أمتها، ولأن من لا يملك هبة المهر بعد الوجوب لم يملك المحاباة فيه بنفسه حال الوجوب كالأب في البيع والعم في المهر.

فإن احتجوا بأن النبيَّ ﷺ زوج فاطمة بأربعمائة أو خمسمائة درهم، ومهر مثلها

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٠)، وانظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/٣٥).

أكثر من ذلك لأن عمر تزوج ابنتها أم كلثوم على أربعين ألف درهم وأمها أشرف منها.

قلنا: يحتمل أن يكون ما جعل رسول الله ﷺ مهر مثلها في ذلك الوقت على عادتهم، وإنما طلبت أم كلثوم الزيادة على مهر المثل.

قالوا: ما يقصد بالنكاح من المعاني أكثر من المهر، والأب كامل الشفقة، والظاهر أنه ما نقص من المهر إلا لمعانٍ حصلها في مقابلته.

قلنا: إنما يحمل الأمر على هذا إذا خفي، فأما إذا عرف أنه فعل غير الواجب علم أنه فرط به، فوجب أن ينقص كما لو اشترى له سلعة بأضعاف ثمنها، ولأن التفريط ظاهر، وما يظن متوهم باطن فصار كما لو أبرئ من المهر ليطلقها طمعاً فيمن هو خير منه، أو حابى في بيع مالها لجواز أن يكون ذلك صلاحاً لها، ولأنه لو صح هذا لوجب إذا فوضت بضعها أن لا يجب لها ما زاد على أقل الصداق، إذا تزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل أن لا يعتبر الزيادة من الثلث للعلة التي ذكروها.

مسألة: إذا رضيت المرأة بدون مهر المثل لم يكن للأولياء الاعتراض، وإن دعت إلى ذلك لم يكن لهم الامتناع [١].

وقال أبو حنيفة: لهم ذلك [٢].

لنا: أنه معاوضة لا يعتبر فيها المماثلة بالشرع. فلم يكن تقدير العوض فيه إلى غير المالك كالبيع والإجارة ولأن من لا يملك الاعتراض في جنس المهر لم يملك في قدره كنساء العصبات، أو من لا يملك الاعتراض في هبة المهر لم يملك في المحاباة كالأجنبي.

فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**أدوا العلائق**» قيل: وما العلائق؟ قال: «**ما تراضى به الأهلون**» [٣].

قلنا: إطلاق الأهل يقتضي النساء، يقال: تأهل الرجل إذا تزوج.

قالوا: يلحقهم الشين والعار بنقصان المهر، ولهذا يكتمونه إذا قل ويظهرونه إذا أكثر، فثبت لهم فيه الاعتراض كذلك الكفاءة.

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣١٥)، المهذب (٢/٦٠)، المغني لابن قدامة (٩/٢٤٨، ٢٤٩).

(٢) الإفصاح (٢/١٠٠)، وانظر: الهداية (١/٢١٩).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٢٣٩) ح (١٤١٥٣)، وسعيد بن منصور في سننه (١/٢٠٠) ح (٦١٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/٤٩٢).

قلنا: ليس فيه شين ولا عار، لأن السنة تحقيقه، ولهذا قال ﷺ «**أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة**»(١) وقال عمر: ألا لا تغالوا النساء في صدقاتهن فإنها لو كانت مكرمة لكان أولاكم بها رسول الله، بخلاف الكفاءة، فإن السنة وردت باعتبارها، قال ﷺ «**تزوجوا الأكفاء، وزوجوا الأكفاء**»(٢) ثم يبطل ما قالوه بالجنس الخسيس كقشور الرمان، والشمشكان الخلقان، والزجاج المكسر، والكسب المعصر، ولأن العار في عدم الكفاءة يعود إلى النسب والأولياء شركاء المرأة في النسب، والمهر خالص حقها لا حق لهم فيه.

قالوا: نقصان المهر يضر بنساء العصبات، لأنه يعتبر مهورهن بمهرها.

قلنا: لا يعتبر بل يعتبر بمن لم يسمح كقيمة السلعة المتلفة لا يعتبر لمن سمح، ثم لو صح هذا المعنى لثبت الاعتراض لنساء العصبات.

مسألة: لا يجوز للسيد إجبار عبده على النكاح في أحد القولين (٣).

وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين: يجوز (٤).

لنا: هو أن من ملك الطلاق في الحال لم يجبر على النكاح كالحُرّ، ولأنه لا يملك الإقرار عليه بالنكاح، فأشبه أمة غيره، ولأن من لا يملك استمتاعه لم يملك إجباره بحق الملك كالمكاتبة، ولأنه لا يملك إجباره على القسم فأشبه الابن البالغ.

قالوا: ما لا يملكه العبد مما يملك ملكه السيد بغير إذنه كالبيع والإجارة، والإقرار بجناية الخطأ.

قلنا: الكتابة لا يملكها العبد، ولا يملكها السيد بغير إذنه، ولأن العبد لا يملكها، لأن

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/١٩٤) ح (٢٧٣٢)، وقال: صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه والبيهقي في الكبرى (٧/٢٣٥) ح (١٤١٣٤)، والنسائي في الكبرى (٥/٤٠٢) ح (٩٢٧٤).

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/١٦٧) ح (٢٦٨٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/١٣٣) ح (٢٦٨٧)، والدارقطني في سننه (٣/٢٩٩) ح (١٩٧)، وابن ماجة (١/٦٣٣) ح (١٩٦٨)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٨٢) ح (١٦٧٣).

(٣) الإفــصاح (٢/٩٥)، ووافق الشافعية (في الجديد) أحمد انظر: روضة الطالبين (٧/١٠٢)، المغني (٧/٤٠٠).

(٤) الإفــصاح (٢/٩٥)، ووافق الأحناف مالك والشافعي (في القديم)، انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/٤٩)، الفتاوي الهندية (١/٣٣١)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٤٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢١).

السيد يملكه، بل لأنه يشغل كسبه بالمهر والنفقة، فلم يجز دون إذنه كالمكاتب لا يتزوج دون إذن السيد، ثم لا يملك السيد إجباره عليه، والمعنى في الأصل أنه يتصرف في ملكه، وهو الرقبة أو المنفعة، وهاهنا يتصرف في استمتاعه، وهو لا يملكه، ولأن تصرفه في هذه المواضع لما ملك لم يملك العبد حلَّه، ويملك حل النكاح بالطلاق، فلا يملك الإجبار عليه.

قالوا: مملوك يملك بيعه وإجارته فملك تزويجه بغير رضاه كالأمة والعبد الصغير.

قلنا: استمتاع الأمة يملكه السيد، لا يملكه من العبد، لهذا يملك الإقرار على الأمة بالنكاح ولا يملك على العبد، ولأن تزويج الأمة عقد للمولى لأنه يملك به المهر والنفقة وتزويج العبد بعقده لتمليك العبد، ولهذا يملك المكاتب وولي الصبي تزويج الأمة ولا يملكان تزويج العبد، ولهذا قالوا: إذا تزوجت الأمة بغير إذنه ثم باعها بطل النكاح، لأن العقد له، ولو تزوج العبد ثم باعه لم يبطل لأن العقد وقع للعبد، وفي العبد الصغير طريقان.

وإن سلم فلأن ذلك مولى عليه فهو كالابن الصغير، وهذا غير مولى عليه فيما: لا يملكه الوالي فهو كالابن الكبير.

قالوا: فيه مصلحة لأنه يعفه عن الزنا، ويحمي ظهره عن الحد، فأشبه القصد.

قلنا: المصلحة في الوطء، وهو لا يملك إجباره عليه فلم يملك الإجبار على ما يفضي إليه.

مسألة: لا ينعقد النكاح بغير لفظ النكاح والتزويج[1].

وقال أبو حنيفة: ينعقد بكل لفظ يوجب التمليك [2].

لنا: هو أنه لفظ غير موضوع للنكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ العارية أي عقد لا ينعقد بلفظ النكاح فلم ينعقد النكاح بلفظه كالإجارة.

فإن قيل: العارية، والإجارة يقتضيان التأقيت، والنكاح ينافيه التأقيت.

قيل: الهبة تقتضي التأبيد، والإجارة ينافيها التأبيد، ثم ينعقد بلفظ الهبة، ولأنه وإن قصر الإجارة عن النكاح في إيجاب التأبيد، فلفظ الهبة أيضاً يقصر في إيجاب الحل،

---

(١) الإفصاح (١٠١/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: مغني المحتاج (١٤٠/٣)، الشرح الكبير بهامش المغني (٣٧١/٧)، البهجة شرح التحفة (٤٥١/١).

(٢) الإفصاح (١٠١/٢) وانظر: الهداية (٢٠٦/١).

وإثبات الفراش، وسائر أحكام العقد فلم ينعقد به ولأنه لو انعقد بغير لفظه لكان بلفظ الإحلال والإباحة أولى، لأنه أول على مقصود العقد، ولأنه إذا عقد بلفظ البيع عري العقد عن الشهادة، فإن الشهود لا يعلمون أنه نكاح إلا بقرينة، وما تفسره القرينة كالإقرار والشهادة يجب أن يكون على العقد لا على الإقرار.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿**وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ**﴾ (الأحزاب: من الآية٥٠).

قلنا: المراد به أنها وهبت بضعها في غير بدل لا أنها عقدت بلفظ الهبة، ولأنه قال: ﴿**خَالِصَةً لَكَ**﴾ (الأحزاب: من الآية٥٠)، فدلّ على أنه لا يجوز لغيره.

فإن احتجوا: بقوله ﷺ للأعرابيّ في المرأة الواهبة: «**ملكتُكها بما معك من القرآن**».

قلنا: انفرد بهذا معمر، ويعقوب الإسكندراني، وعبد العزيز بن أبي حازم عن أبي حازم عن سهل بن سعد، ومعمر عن غير الزهري لا يحتج به لكثرة غلطه، وعبد العزيز ويعقوب ليسا بحافظين، والثقات كحماد بن زيد، وزائدة، وأبي غسان، ووهيب، وسهيل بن سليمان، والثوري، وابن عيينة، رووا: «**زوجتكها، وأنكحتكها**»، وهم أفقه، وأضبط، وأكثر.

قالوا: لفظ يوجب التمليك على التأبيد في حالة الحياة، فأشبه لفظ النكاح.

قلنا: لما لم يكن هذا علة في جواز البيع بلفظ النكاح، لم يكن علة في جواز النكاح بلفظ الهبة، ثم النكاح موضوع للنكاح فدل على مقاصده، والهبة بخلافه.

قالوا: عقد يوجب التمليك فانعقد بلفظ التمليك كالبيع، والهبة.

قلنا: النكاح وإن أوجب التمليك إلا أنه لا يوجب تمليك الأملاك، وإنما يوجب تمليكاً على جهة الازدواج، والاشتراك، ولهذا تملك المرأة من الاستمتاع مثل ما يملك الرجل، فلم ينعقد بما وضع لتمليك الأملاك بخلاف البيع، والهبة فإنها توجب تمليك الأملاك فانعقد بلفظ التمليك.

قالوا: الهبة أقوى من النكاح لأنه يوجب ملك الرقبة والمنفعة، والنكاح لا يوجب ملك الرقبة، فإذا انعقد بلفظ النكاح فبلفظ الهبة أولى كما قلتم في الإجارة بلفظ البيع.

قلنا: لا نسلم بل النكاح أقوى، لأنه يوجب حقوقاً له وعليه، ويوجب الحل، ويثبت الفراش، والعدة، والتوارث، وغيرها من الأحكام، والهبة لا يوجب إلا ملك الرقبة، ثم

المنافع تحدث في ملكه، والهبة لا توجب التمليك بنفسه، ولا يوجب العوض، والنكاح يوجبه، ولأنه لو صح هذا لوجب أن يكون الهبة أولى بإيجاب الشهادة، ويخالف الإجارة فإنها نوع بيع، لأن المنفعة مال، وتمليك المال بالمال بيع، فهو كالصرف، والسلم، ولأن الإجارة كالبيع في أحكامه، فالعقد بلفظه، وليس النكاح كالهبة في أحكامه فلم ينعقد بلفظه.

قالوا: من انعقد بيعه بلفظه انعقد نكاحه بلفظ الهبة، كالرسول ﷺ.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد الوجهين، وإن سلم لأن بيعه كبيع غيره، ونكاحه ليس كنكاح غيره في العدد، والإخلاء من العوض.

قالوا: أحد طرفي النكاح فصح بلفظ لم يوضع له كالحل.

قلنا: الحل يحصل بالقول والفعل، والحل تحريم مبناه على التغليظ، والعقد إحلال ومبناه على التضييق، ولأن الحل يصح بالصريح والكناية، فحصل بأدنى مشابهة، والعقد لا يصح إلا بما يأتي على حقيقة، وغير لفظه لا يأتي على حقيقة، يؤكده: أنه لو قال أنت حرام وأراد الطلاق انحل، ولو قال: أحللتكها وأراد النكاح لم ينعقد.

مسألة: إذا قال زوجتك فقال: قبلت، لم ينعقد في أحد القولين [١].

وقال أبو حنيفة: ينعقد [٢].

لنا: هو أنه لم يوجد لفظ النكاح في أحد الشطرين، فأشبه إذا قال: أحللتك، وقال الزوج: قبلت نكاحها.

قالوا: القبول يرجع إلى ما أوجبه، فانعقد به كالقبول في البيع.

قلنا: يبطل بمن قال لغيره: يازانٍ، فقال آخر: صدقت فإن التصديق يرجع إلى القذف، ثم لا يجعل قاذفاً عندهم، والبيع على المال، وحكمه أسهل، ولهذا يصح من غير إشهاد، بخلاف النكاح.

مسألة: يبطل النكاح بشرط الخيار [٣].

---

(١) الإفصاح (٢/١٠١)، وانظر: الشرح الكبير بهاشيء المغني (٧/٣٧١).

(٢) الإفصاح (٢/١٠١)، ووافق الأحناف مالك وأحمد، انظر: الاختيار تعليل المختار (٣/٩)، كفاية الطالب الرباني (٢/٣٥).

(٣) بداية المجتهد (٢/٧، ٨)ووافق الشافعية أبو ثور انظر: المرجع السابق.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل [1].

لنا: هو أنه شرط ينفي الإباحة والملك في زمان يقتضي النكاح الإباحة والملك فيه، فأشبه إذا قال: زوجتك إلى شهر، أو عقد يبطل بالشرط الفاسد، فبطل بالخيار الفاسد كالبيع والإجارة وعكسه الخلع.

قالوا: شرط لا يوجب توقيت النكاح، ولا يمنع انعقاده في الحال، لا يوجب ملك أحد الزوجين رقبة الآخر فأشبه إذا شرط أن لا يتسرى عليها، أو يهدي لها شيئاً.

قلنا: إذا بطل بشرط التوقيت لنفي النكاح في زمان يقتضي وجود بطل بشرط الخيار لنفي المقصود في زمان يقتضي العقد الإباحة فيه، والمعنى في الأصل أن الشرط لا يرجع إلى المقصود، وهذا يرجع إلى المقصود، وهو تمليك البضع والإباحة فهو كشرط التوقيت.

مسألة: إذا شرط أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما بطل العقد.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل.

لنا: هو أنه شرط انقطاع النكاح دون غايته فأشبه نكاح المتعة، ولأنه إذا بطل في الأصل والقصد منه الاستمتاع فلأن يبطل هذا والقصد غيره أولى.

قالوا: لفظ من ألفاظ الطلاق فشرطه لا يبطله كما لو قال: إذا وطئتك فأنت طالق.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد القولين.

مسألة: نكاح الشغار باطل [2].

---

(١) بداية المجتهد (٢/٧، ٨).

والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار، والبيوع التي يجوز فيها الخيار، أو نقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل. أو نقول إن أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها. وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير، ومنعه قوم، وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها، فيبلغها النكاح فتجيزه، وممن منعه مطلقاً الشافعي وممن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك. وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه؟ ومثل هذا الخلاف عرض البيع. انظر: بداية المجتهد (٢/٨).

(٢) الإفصاح (٢/١٠٧)، وانظر: روضة الطالبين (١/٤٠، ٤١).

وقال أبو حنيفة: ليس بباطل [1].

لنا: ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

وروى أنس أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا شغار في الإسلام**»[2]، والشغار أن يبدل الرجل أخته بأخته، ولأنه نكاح لم يعْرُ عنه مثنوية، فأشبه إذا قال زوجتك إلا شهراً، ولأنه أشرك في البضع بين الزوج وغيره، فأشبه إذا زوج ابنته من رجلين، لأنه عقد يبطل بالشرط، شرط فيه المعقود عليه لغير المعقود له، فأشبه إذا قال: بعتك على أن يكون الملك لغيرك.

قالوا: مهر فاسد فلا يبطل العقد كما لو تزوج على خمرٍ، أو على أن لا يتسرّى عليها.

قلنا: يبطل بالعبد إذا تزوج حرة، وجعل رقبته صداقها، والمعنى في الأصل أن الفساد تمحض في الصداق، فأمكن إسقاطه وهاهنا حصل في البضع المقصود فلم يمكن إسقاطه، ولهذا قالوا: إنه إذا شرط خياراً فاسداً في البيع أسقط، ولو شرط بدلاً فاسداً لم يسقط.

مسألة: إذا أبان امرأته جاز له أن يتزوج بأختها وبأربع سواها [3].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ما دامت في العدة [4].

لنا: هو أنها بانت منه فلا تدخل أختها في تحريم الجمع كالمعتدة عن وطء شبهة، ولأن ما حرم عليه من امرأة بسبب أختها حلّ بزوال الملك في الأخت كالوطء في ملك

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٧)، ووافق الأحناف الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري. وانظر: بداية المجتهد (٢/٥٧).

وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول، ويكون فيه مهر المثل، وكان مالكاً رضي الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط حجة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق بخصوص ليعلق النهي به، أو رأى أن النهي إنما تعلق بنفس تعيين العقد، والنهي يدل على فساد المنهي.

(٢) أخرجه مسلم (٢/١٠٣٥) ح (١٤١٥).

(٣) الإفصاح (٢/١٠٢)، ووافق الشافعية مالك انظر: المعونة (٢/٨١٠)، مغني المحتاج (٣/١٨٢).

(٤) الإفصاح (٢/١٠٢)، ووافق الأحناف أحمد انظر: الهداية (١/٢١١)، الفتاوي الهندية (١/٢٧٩)، المغني (٧/٤٤١).

اليمين.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ (النساء: من الآية٢٣) وهذا جمع بينهما في استلحاق النسب.

قلنا: هذا معطوف على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ (النساء: من الآية٢٣) والمراد به تحريم النكاح والاستمتاع.وهذا فرق بينهما في النكاح.

فإن احتجوا بقوله: «**ملعون من جمع ماء في رحم أختين**»[1].

قلنا: المراد به الجمع في الفراش، بدليل أن يجوز أن يبيع الأمة الموطوءة ثم يطأ أختها.

قالوا: كل حالة حرم عليها أن تتزوج ألحقه حرم عليه أن يتزوج بأختها، أو بأربع سواها كحال النكاح، وحال عدة الرجعية.

قلنا: يبطل بأم الولد إذا أعتقها المولى، ودخلت في الاستبراء، فإنه يحرم عليها أن تتزوج لحق المولى، ولا يحرم عليه أن يتزوج بأربع سواها، وينكسر بمحظورات العدة كالزينة وغيرها.

والمعنى في حال النكاح: أن المنع للزوجية وهما مشتركان فيها، وفي حال العدة المنع لأجل العدة، وهي تحيض بالعدة، وفي عدة الرجعية الزوجية أيضاً باقية، بدليل أنه يستبيحها من غير عقد جديد، وهاهنا لا زوجية في حق الزوج، لا غيرها فجاز أن تتزوج.

قالوا: يجمع بينهما في حكم من أحكام النكاح، وهو استلحاق النسب، ووجوب النفقة فصار كما لو جمع بينهما في الوطء.

قلنا: الجمع في الوطء مخالف للجمع في سائر الأحكام كالجاريتين في ملك اليمين.

مسألة: إذا أعتق أمّ ولد جاز أن تتزوج بأختها في مدة الاستبراء.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أن كل من جاز له أن يتزوجها بعد انقضاء الاستبراء جاز له في الاستبراء كغير أختها، ولأن قرابتها لا تمنع نكاح أختها فالاستبراء أولى.

قالوا: يجمع بينهما في حكم النكاح، وهو استلحاق النسب فلم يجز الجمع في الوطء.

قلنا: بل العتق يجمع بينهما في استلحاق النسب ثم يجوز.

---

(١) لا أصل له. انظر/ التلخيص الحبير (٣/١٦٦)، الدراية في تخريج الهداية (٢/٥٥).

مسألة: إذا وطء أمته ثم تزوج أختها حرمت الأمة وحلت له المنكوحة.

وقال أبو حنيفة: لا يحل له حتى تحرم الأمة.

لنا: أنه جمع لا يمنع صحة النكاح، فلم يمنع الاستباحة، كما لم تزوج حرة على أمة.

قالوا: سبب يبيح الوطء، فلا يبيح حتى تحرم الأخت كملك اليمين.

قلنا: لأن الملك في الثانية كالملك في الأولى، فقدمت الأولى، وهاهنا الملك في الثانية أقوى لأنه يثبت حقوقاً له وعليه، ولهذا يضرب فيه مدة الإيلاء لحقها، ويضرب الأجل بالعنة لأجلها، ولا ينفك من الإباحة فقدمت على الأولى.

مسألة: إذا قبّل أمته بشهوة لم تحرم أمها وابنتها في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تحرم.

لنا: أنه استمتاع لا يوجب الغسل فأشبه النظر إلى وجهها وصدرها بشهوة.

قالوا: مباشرة بشهوة كالجماع.

قلنا: الجماع يوجب تحريم العدة، وهذا مباشرة لا توجب تحريم العدة، فلم يوجب تحريم المصاهرة كالقبلة بغير شهوة.

مسألة: النظر إلى الفرج لا يوجب تحريم المصاهرة [(1)].

وقال أبو حنيفة: إذا كان بشهوة أوجب [(2)].

لنا: هو أنه نظر فأشبه النظر إلى الوجه، والصدر فإن احتجوا: بقوله ﷺ: «**لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها**»[(3)].

قلنا: يرويه حفص بن غياث عن ليث عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله موقوفاً عليه.

ثم حفص وليث ضعيفان، ثم يحتمل أنه كنّي بالنظر عن الجماع، إذ الفرج لا ينظر فيه، ولأن النظر يحتاج معه إلى إضمار وهو الشهوة.

قالوا: استمتاع بالفرج، فأشبه الجماع.

---

(١) الإفصاح (١٠٣/٢)، وانظر: روضة الطالبين (١١٣/٧، ١١٤).

(٢) الإفصاح (١٠٣/٢)، ووافق الأحناف مالك انظر: الفتاوي الهندية (٢٧٤/١)، المدونة الكبرى (٢٢/٢).

(٣) إسناده ضعيف: أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٨٠/٣) مرفوعاً وموقوفاً. وابن الجوزي في التحقيق (٢٧٤/٢).

قلنا: الجماع في غير الفرج يوجب التحريم عندهم، فلم يؤثّر الوصف، ثم ذلك مباشرة يوجب الغسل، ويوجب التحريم المؤقت، والنظر بخلافه.

مسألة: الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة.

وقال أبو حنيفة: يوجب.

لنا: ما روى ابن عمر أن النبيّ ﷺ قال: «**الحرام لا يحرم الحلال**»[(١)].

وروت عائشة أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنا بامرأة فأراد أن يتزوج بابنتها فقال: «**لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان بنكاح**»، ولأنه معنى لا تصير به المرأة فراشاً، فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالقبلة بغير شهوة، ولأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء فلا يتعلق بالزنا كالتحريم المؤقت بالعدة.

فإن قيل: العدة لحفظ النسب، ولا نسب في الزنا.

قيل: بهذا نستدل، فإنه إذا لم يتعلق به النسب الذي هو أصل الحرمات فتحريم المصاهرة أولى، ولأنه وطء يتمحّض تحريمه فلم يوجب تحريم المصاهرة كاللواط، ولا يلزم وطء الحائض والأمة المجوسية، والوطء في الموضع المكروه، لأنه ليس بحرام محض، ألا ترى أنه يتعلق به العدة والنسب.

فإن قيل: اللواط لا يستباح بالعقد.

قيل: والزنا أيضاً لا يستباح، فيجب أن لا يوجب التحريم، ولأنه لو أوجب التحريم لأوجب المحرمية كما نقول في النكاح الصحيح ووطء الشبهة.

قالوا: وطء مقصود في موطوءة فأشبه الوطء بملك اليمين، ووطء الشبهة.

قلنا: وطء المريضة المدنفة [(٢)] لايقصد، ثم يوجب التحريم، فلا يؤثر الوصف، والوطء بملك اليمين وطء حلال، ووطء الشبهة يشبه الحلال، ولهذا لا يجب به الحد، فجاز أن يوجب حرمة المصاهرة، وهذا حرام محض، فلم يثبت حرمة المصاهرة.

يدل عليه: أن النسب وحرمة الاستيلاد يثبت بوطء الشبهة ولا يثبت بالزنا، ولأن وطء الشبهة يوجب تحريمها على الأزواج في العدة، فأوجب تحريم أمها، والزنا لا يوجب تحريمها، فلا يوجب تحريم أمها.

قالوا: فعل يوجب تحريماً مؤبداً فاستوى حلاله وحرامه كالرضاع.

---

(١) أخرجه ابن الجوزي في العلل (٢/٦٢٥) ح (١٠٣١).

(٢) أي: التي لازمها المرض. لسان العرب (٩/١٠٧) ح (دنف).

قلنا: في الرضاع لا يتمحض التحريم لأن التحريم فيه يتعلق بوصول اللبن إلى جوف الصبيّ، وذلك لا يتصف بالتحريم، بخلاف الوطء.

قالوا: ولأن التحريم عقوبة فإذا انغلقت بالحلال فبالزنا أولى.

قلنا: لا نسلم بل هو حرمة وكرامة كالنسب، ولأنه لو كان عقوبة لما تعلق بالحلال، والشبهة كالجد، ولأنا أوجبنا فيه الحد، فلا يحتاج إلى عقوبة أخرى.

قالوا: نعلل لإفساد نكاح الابن إذا زنا أبوه بامرأته فنقول: عقد يفسده الوطء، فاستوفى فيه الزنا وغيره، كعقد الإحرام والصوم.

قلنا: الإحرام والصوم يفسد باللواط، والنكاح لا يفسد باللواط، ولأن الإحرام والصوم لا يفسد إلا بالوطء الحرام، والزنا من جملته، ونكاح الابن يفسد بالحلال، فلا يفسد بالحرام.

مسألة: إذا زنا بامرأة فأتت ببنت لم تحرم على الزاني، وإذا ملكها لم يعتق عليه.

وقال أبو حنيفة: تحرم عليه، وتعتق عليه.

لنا: هو أنه ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها تحريم كالولادة بعد الحولين، ولأن التحريم حكم من أحكام الولادة فلا يتعلق بالولادة من الزنا كالنسب، والإرث، والولادة في المال، والبيع.

فإن قيل: بنت الملاعنة لا يثبت بينه وبينها هذه الأحكام ، ويثبت التحريم.

قيل: لا يثبت التحريم نص عليه في الرضاع، وإن سلم، فلأن هناك النسب غير مقطوع بنفيه، ولهذا لو أكذب نفسه ثبت النسب فحرمت عليه، وهاهنا مقطوع بنفيه فلم يحرم، ولهذا قالوا في الحائض إذا انقطع دمها لدون الأكثر لا يحل وطؤها حتى تغتسل، وإذا انقطع للأكثر حل وطؤها.

قالوا: من خلق من مائه حرم عليه كالابن على الزانية، والبنت على الواطئ بشبهته.

قلنا: لا نعلم أنه خلق من مائه، وإنما حكم بأنه ولده في النكاح من جهة الحكم، ولأن كونه من مائه لما لم يوجب النسب والإرث والولاية لم يوجب التحريم، وبه يخالف ابن الزانية وبنت الواطئ بشبهة، لأن هناك ثبت النسب بسائر الأحكام، فثبت التحريم.

مسألة: إذا نكح حاملاً من زنا جاز لو وطئها.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أنه حمل لا يمنع صحة النكاح فلم يمنع الوطء كما لو كان الحمل منه فطلقها ثم تزوجها.

قالوا: من غيره، فأشبه إذا كانت موطوءة بشبهة.

قلنا: ذاك ثابت النسب، وهذا غير ثابت النسب، ولهذا يمنع ذلك من النكاح، وهذا لا يمنع.

مسألة: لا يجوز للأب أن يتزوج جارية ابنة.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنها تصير أم ولده بالاستيلاد، فأشبه أمة مكاتبة، والأمة المشتركة بينه وبين غيره، ولأن له فيها شبهة يسقط عنه الحد، فأشبه ما ذكرناه.

قالوا: لا يملكها، ولا هي موقوفة على ملكه فأشبه جارية الأب.

قلنا: لا نسلم فإنها موقوفة على ملكه بالاستيلاد، ولأنه وإن لم يملكها إلا أن له فيها حق الملك، وحق الملك كالملك في منع النكاح كالعدة، ويخالف جارية الأب، فإنه لا حق له فيها، ولهذا يحد بوطئها، ولا تصير أم ولد إذا أحبلها.

قالوا: لو منعت شبهة الأب نكاحها لمنعت المالك من وطئها كأمه المكاتب.

قلنا: حق السيد في الأمة المزوجة يمنع من نكاحها، ولا يمنع الزوج من وطئها، ويخالف أمة المكاتب، فإن ملك المكاتب عليها غير تام، وملك الابن تام على أمته بملك وطئها.

قالوا: لو لم يجز ابتداء نكاحها لما جاز استدامته إذا تزوجها ثم ملكها الابن.

قلنا: لا يجوز في أصح الوجهين، وإن سلم فلأن الاستدامة أقوى، ولهذا يجوز استدامة نكاح المعتدة، ولا يجوز ابتداؤه.

مسألة: يجب على الابن أن يعف أباه [1].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [2].

لنا: هو أنه معنى يفتقر إليه النفس غالباً، فجاز أن يلزم الابن كفاية أبيه كالنفقة والكسوة.

قالوا: استمتاع يبقي النفس دونه، فأشبه الطيب.

قلنا: إلا أنه يستضر النفس بتركه، فهو كالكسوة بخلاف الطيب، فإنه لا ضرر في تركه فلم يلزم.

---

(١) الإفصاح (٢/٩٦)، وانظر: روضة الطالبين (٧/٢١٤).

(٢) الإفصاح (٢/٩٦)، ووافق الأحناف مالك انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٥٢٣).

قالوا: من لزمه نفقته لم يلزمه.

قالوا: من لزمه نفقته لم يلزمه إعفافه كالأم والابن.

قلنا: تزويج الأم للنفقة وهو ينفق عليها، ولأن عليه عاراً في تزويج أمه فلم يكلف، وحرمة الابن أضعف، وحرمة الأب آكد، فلزم به النفقة والإعفاف، ولأن الابن يحد في وطء جارية الأب، ولا يحد في سرقة ماله فدل على أن له عليه حقًا في أحدهما دون الآخر، والأب لا يحد بوطء جارية الابن، ولا في سرقة ماله، فدل على أن له حقًا عليه في الأمرين.

مسألة: لا يجوز للحرّ أن يتزوج أمة إلا أن يخاف العنت ولم يجد صداق حرة (١).

وقال أبو حنيفة: يجوز إذا لم يكن عنده حرة (٢).

لنا: قوله تبارك وتعالى ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ (النساء: من الآية٢٥) فأباح نكاح الأمة بشرط أن لا يستطيع الطول، وخاف العنت.

فإن قيل: الطول القدرة لقوله ﴿ذِي الطَّوْلِ﴾ (غافر: من الآية٣) لا إله إلا هو، والنكاح الوطء يقال: أنكحنا الغرّ فسنرى فصار تقديره: فمن لم يقدر على وطء الحرة فلينكح الإماء، وهذا غير قادر على وطء الحرة.

قيل: روي عن مجاهد أنه فسر الطول بالغنى.

وعن ابن عباس: «**من ملك ثلاثمائة درهم حرم عليه نكاح الإماء**».

وعن جابر: «**ومن وجد صداق حرة فلا ينكح أمة**»(٣).

ولأن النكاح في الشرع هو العقد، ولأن فيما ذكروه يسقط شرط خوف العنت، ولأن من قدر على نكاح حرة لا يوصف بأنه غير مستطيع لوطئها، ولأنه حر مستغن عن

---

(١) الإفصاح (١٠٦/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٥٤٣/٢)، روضة الطالبين (١٢٩/٧)، الكافي لابن قدامة (٣٤/٣).

(٢) الإفصاح (١٠٦/٢)، وانظر: طريقة الخلاف (٨٧).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٤/٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٦٤/٧) ح (١٣٠٨٢).

نكاح الأمة فلم يحل نكاحها كما لو كان تحته حرة.

فإن قيل: لأن هناك ثبت لولده حق الحرية فلم يملك إبطالها.

قيل: يبطل بمن تزوج أمة وعنده أم ولدٍ، ولأنه تزوج أمة من غير ضرورة، فلم يصح نكاحها كما لو جمع بينها وبين حرة، ولأنها ناقصة لا يجوز الانتقال إليها مع وجود العين الكاملة، فلم يجز مع وجود ما يتوصل به إلى العين الكاملة كالطعام في الكفارة، والتراب في الطهارة، ولا يلزم ابن لبون في خمس وعشرين من الإبل لأنه ليس بناقص لأنه أكثر من بنت مخاض بالسن.

قالوا: ليس في حبسه حرة فأشبه العبد ومن يخاف العنت.

قلنا: يبطل به إذا جمع بين حرة وأمة، ولأنه وإن لم يكن في حبسه إلا أنه قادر عليها فهو كمن معه ثمن الماء والرقبة والعبد لا يحط منزلة أولاده عن منزلته، فهو كالحر إذا تزوج حرة، ولأن العبد إلا يعدل إلى من هو أنقص منه، فجاز من غير شرط كالوضوء، وهذا يعدل إلى أنقص منه، فجاز من غير شرط كالوضوء، وهذا يعدل إلى أنقص منه فلا يجوز إلا بشرط كالتيمم، والخائف للعنت مضطر إلى إرقاق ولده، وهذا غير مضطر، وحكم الأمرين يختلف كما قلنا في التيمم وأكل الميتة.

قالوا: كل امرأة جاز نكاحها إذا لم يقدر على نكاح غيرها لم يمنعه قدرته على نكاح غيرها من نكاحها كالحرة مع الحرة، والأخت مع الأخت.

قلنا: الحرة كاملة فقدرته على غيرها لا يمنع منها كالوقتين في الكفارة، والماءين في الطهارة، والأمة ناقصة، فجاز أن يمنع قدرته على الكاملة من نكاحها كالطعام في الكفارة، والتراب في الطهارة، وأما الأختان فإن التحريم فيهما يتعلق بالجميع لما فيه من التقاطع من الرحم القريبة، وذلك لا يحصل بالقدرة، ولهذا قال: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ (النساء: من الآية٢٣) وهاهنا التحريم يتعلق بالاستغناء عن الناقصة بالكاملة ولهذا قال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: من الآية٢٥) وذلك يحصل بالقدرة عليه، يبينه: أنه لو جمع بين الأختين بطل نكاحهما، ولو جمع بين الحرة والأمة بطل نكاح الأمة.

قالوا: إذا جاز للعبد ذلك، وهو لا يملك أكثر من المرأتين فالحر أولى وهو يملك أربعاً.

قلنا: هذا هو الحجة، فإن الحر فضل على العبد قي العدد لفضيلته، فوجب أن ينزه

عن نكاح الإماء أيضاً لفضيلته.

قالوا: إذا جاز للعبد نكاح الأمة بإذن السيد، فلأن يجوز للسيد أولى.

قلنا: يجوز للعبد المجوسي نكاح المجوسية بإذن السيد، ثم لا يجوز للسيد.

قالوا: لو كان الضرورة شرطاً في نكاح الأمة لبطل بزوال الضرورة كالتيمم.

قلنا: شروط النكاح تختص بالابتداء، كالشهادة وعدم العدة، وعدم الحرة عنده، فلهذا لم يبطل به الاستدامة.

مسألة: لا يجوز للحرّ أن يتزوج أمة على أمة [(١)].

وقال أبو حنيفة: يجوز [(٢)].

لنا: هو أنه لا يخاف العنت، فأشبه إذا كان عنده حرة.

قالوا: من جاز له أن يتزوج حرتين، جاز له أن يتزوج أمتين، كالعبد.

والجواب: ما مضى.

مسألة: يجوز للعبد أن يتزوج أمة على حرة [(٣)].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [(٤)].

لنا: هو أنه عبد يجوز له النكاح، فجاز له نكاح الأمة كما لو لم يكن عنده حرة، ولأنه يتزوج على امرأة نظيرة له فهو كالحر إذا تزوج حرة.

قالوا: في حبسه حرة، فأشبه الحر.

قلنا: لأن الأمة ناقصة عن الحرِّ، وهذه كالعبد فهو كالحرة في حق الحرّ.

مسألة: إذا جمع الحرّ بين الحرة والأمة بطل النكاح في أحد القولين [(٥)].

وقال أبو حنيفة: يصح نكاح الحرَّة [(٦)].

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٦).

(٢) الإفصاح (٢/١٠٦)، وانظر الهداية (١/٢١١).

(٣) الإفصاح (٢/١٠٦)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٥٤٤- ٥٤٥)، روضة الطالبين (٧/١٣٢)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى (٢/ ١٠١- ١٠٢).

(٤) الإفصاح (٢/١٠٦)، ووافق الأحناف أحمد (في الرواية الأخرى) انظر: الهداية (١/٢١١)، المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين (٢/١٠١، ١٠٢).

(٥) بداية المجتهد (٢/٤٣)، ووافق الشافعية مالك انظر: المرجع السابق.

(٦) بداية المجتهد (٢/٤٣).

لنا: هو أنه عقد يقبل الفسخ فإذا جمع فيه بين ما يحل وبين ما يحرم بطل فيهما، كما لو باع حرّاً وعبداً.

قالوا: إذا لم يدفع نكاحُ الأمة نكاح الحرة إذا اعترض عليه وهو مستقر فلأن لا يدفع إذا قارنه أولى.

قلنا: لم يبطل نكاح الحرة بالدفع، وإنما بطل بالجمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في العقد، وهذا لا يوجد إذا ورد عليه.

قالوا: نكاح الأمة شرط فاسد قارن نكاح الحرة فلم يبطل به كما لو نكحها على خمرٍ أو خنزير.

قلنا: الفساد في الأصل تعلق بعقد منفرد مانع، فلا يسري إلى الأصل كعتق الحمل، وهاهنا الفساد في نفس النكاح فسرى كالعتق في نصف العبد.

مسألة: إذا غرّ العبد بحرية امرأة فأولدها انعقد الولد حرًّا.

وقال أبو حنيفة: ينعقد عبداً.

لنا: هو أنه من ولدت له الحرة حرًّا، ولدت له الأمة بالغرور بالحرية حرًّا كالحر.

قالوا: ولو غر بملك اليمين لم ينعقد ولده حرًّا فكذلك في النكاح.

قلنا: لأنه لا يملك الوطء بملك اليمين وبملك النكاح.

قالوا: الأبوان رقيقان، فلا يولد بينهما حر.

قلنا: إذا جاز أن يولد بين حُرٍّ وأمةٍ حر لأجل الغرور جاز أن يولد بين رقيقين.

مسألة: لا يجوز للمسلم نكاح أمةٍ كافرة [1].

وقال أبو حنيفة: يجوز [2].

---

(١) بداية المجتهد (٢/٤٤).

(٢) بداية المجتهد (٢/٤٤).

والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: من الآية١٠)، وعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة: من الآية٢٢١)، وعموم قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: من الآية٢٤)، وهم المسبيات، وظاهر هذا يقتضي العموم، سواء كانت مشركة أو كتابية، والجمهور على منعها، وبالجواز قال طاوس ومجاهد، ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسبيات في غزوة أوطاس اذا استأذنوه في العزل فأذن لهم؛ وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد، لأن الأصل بناء الخصوص على العموم: أعني أن قوله تعالى =

لنا: قوله عز وجل ﴿فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: من الآية٢٥) وقوله عز وجل: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: من الآية٢٤)، فدل على أن نكاح غيرهن لا يحل، ولأن الإيمان صفةٌ قيد بها نكاح الإماء شرعاً، فكانت شرطاً كعدم الطول، ولأنها امرأة اجتمع فيها نقصان لكل واحد منهما تأثير في المنع من النكاح، فلا يحل للمسلم نكاحها كالحرة الوثنية، ولا يلزم الأمة الفاسقة، لأن الفسق لا يؤثر في المنع من النكاح وإنما يؤثر في الولاية، ولأن الأمة قد تكون لكافر، ويسترق ولد المسلم منها، وذلك لا يجوز.

فإن احتجوا: بقوله تعالى: ﴿وَلأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾ (البقرة: من الآية٢٢١) والمخايرة لا تكون إلا بين جائزين.

قلنا: قد تكون بين جائزين وغير جائزين كما قال عز وجل: ﴿أَصْحَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَئِذٍ خَيْرٌ مُسْتَقَرّاً وَأَحْسَنُ مَقِيلاً﴾ (الفرقان:٢٤).

وعن عمر أنه قال: الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل.

وقال: ﴿وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ﴾ (البقرة: من الآية٢٢١) وإن لم يجز للعبد أن يتزوج مسلمة.

قالوا: كتابية فأشبهت الحرة.

قلنا: إذا اعتبرتم كونها كتابية وجب أن تعتبروا كونها حرة، لأن الله تبارك وتعالى علق الإباحة عليهما في الولاية، فلا يجوز التفرقة بينهما، ثم الحرة تحل، وإن كانت تحته حرة وأمة لا تحل، فلا تحل إذا كانت كافرة.

قالوا: تحل ذبيحتها كالمسلمة.

قلنا: الكتابيّ كالمسلم، والعبد كالحر في الذبيحة، ثم يختلفان في النكاح، فجاز أن تكون الكتابية مع المسلمة مثل ذلك، ولأن المسلمة لا يوجد فيها إلا نقص الرق، فهي كالحرة الكتابية، وهاهنا يوجد فيها نقصان مؤثران في المنع، فصار كالكفر مع عدم

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ (المائدة: من الآية٥)- هو خصوص، وقوله: ﴿وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة: من الآية٢٢١)- وهو عموم، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم؛ ومن ذهب إلى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء. انظر: بداية المجتهد (٢/٤٤).

الكتاب، والنجاسة القليلة مع النجاسة القليلة.

قالوا: سبب يستباح به وطء الأمة المسلمة فاستبيح به وطء الأمة الكافرة كملك اليمين.

قلنا: تحل ملك اليمين مع وجود الحرة عنده، ولا يجوز بعقد النكاح، ويطأ اليمين ما شاء، ولا يطأ بعقد النكاح، ثم الرق سبب الإباحة في ملك اليمين، فلا يجوز أن يؤثر في المنع، فيبقى نقص الكفر، فلم يمنع كالكفر المنفرد في النكاح، والرق سبب في المنع من النكاح. فإذا انضم إلى الكفر المؤثر تأكد به المنع.

مسألة: للمسلم أن يجبر امرأته الذمية على الغسل من الحيض.

وقال أبو حنيفة: ليس له.

لنا: أن بقاء الغسل كالحيض في المنع من الوطء، بدليل المسلمة فجاز له الإجبار عليه، لحق الوطء.

قالوا: غسل فأشبه غسل الجنابة.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد المذهبين، ثم حدثت الجنابة لا يمنع الوطء، وحدث الحيض يمنع.

مسألة: إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة اختار أربعاً منهن.

وقال أبو حنيفة: إن تزوجهن في عقد بطل نكاح الجميع، وإن كان في عقود بطل ما بعد الأربع.

لنا: ما روى أنه أسلم غيلان وعنده عشر نسوة، فقال له النبيُّ ﷺ «**اختر منهن أربعاً**»(١) وأسلم نوفل بن معاوية وتحته خمس نسوة، فقال ﷺ: «**فارق واحدة، وأمسك أربعاً**»(٢). قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة عاقر معي منذ سنين ففارقتها.

فإن قيل: يجوز أن يكون ذلك قبل التحريم، ثم طرأ التحريم فنخير، كما لو تزوج أربع نسوة فطلق واحدة منهن.

قيل: لم يستفصل النبيّ ﷺ ولأن هذا دعوى نسخ، فلا تجوز بالاحتمال.

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٩/٤٦٣) ح (٤١٥٦)، والحاكم في مستدركه (٢/٢١٠) ح (٢٧٨٠)، والبيهقي في الكبرى (١/١٤٩) ح (١٣٦٢٣)، والدارقطني في سننه (٣/٢٧١)، وابن ماجة (١/٦٢٨) ح (١٩٥٢)، والإمام أحمد في مسنده (٢/١٣) ح (٤٦٠٩).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/١٨٤) ح (١٣٨٣٥)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٧٤).

فإن قيل: لعل كان قد عقدوا دفعة واحدة فيبطل الجميع، وأمره أن يختار أربعاً للعقد عليهن.

قيل: لم يستفصل كيف عقد، ولأن العادة أن لا يعقد دفعة واحدة، ولأنه علق على اختياره، والعقد لا يتعلق باختياره ولأنه أوجب الاختيار، والعقد لا يجب، ولأنه قال: "أمسك" وهذا يقتضي البقاء لا الابتداء، ولأنها امرأة يجوز أن يبتدئ نكاحها بعد الإسلام، لو لم يكن بينهما نكاح، فجاز استدامة نكاحها بعقد مطلق مضى في الشرك كالأولة، ولا يلزم نكاح المتعة.لأنه غير مطلق، ولا النكاح في حال العدة، لأن بعد انقضائها يجوز استدامته، وقبل انقضائها لا يجوز ابتداء نكاحها، ولأنه خلل في النكاح بمعنى مضى في حال الشرك يعتقدون جوازه، فلم يتعرض له، كما لو تزوج بلا شهوة.

فإن قيل: ذلك يجوز مثله في حال الإسلام إذا حكم به حاكم، قيل إلا أنه من غير الحكم لا يجوز، ثم يجوز في حال الشرك، ثم يبطل بالعبد إذا تزوج أربع نسوة، فإنه يجوز بحكم الحاكم، ولا يعفا عنه عندهم إذا أسلم عليهن.

قالوا: تحريم لا يختلف فيه حكم البقاء والابتداء، فأشبه نكاح ذوات المحارم، والجمع بين الزوجين.

قلنا: ذوات المحارم ليست بمحل للنكاح، فلم نقر عليهن بعد الإسلام كالخمر، والخنزير في البيع، والخامسة محل للنكاح، فجاز أن يقر عليه بعد الإسلام كما لو تبايعا درهماً بدرهمين ثم أسلما، ولأن المفسد في ذوات المحارم هو القرابة، وهي موجودة بعد الإسلام، والمفسد هاهنا هو الجمع، ولم يدركه الإسلام، فهو كما لو تبايعا بالربا وتقابضا ثم أسلما، والجمع بين الزوجين غير مسلم، وإن سلم فلأن ذلك لا يعدونه نكاحاً فلم يخير فيه، وهذا يعدونه نكاحاً فخير فيه، ولهذا أقررناهم على شرب خمر، ولم نقرهم على الزنا.

قالوا: عقد يجب الاعتراض عليه للزيادة في البدل فوجب الاعتراض على جميعه كبيع الدرهم بالدرهمين.

قلنا: ينكسر بالبيع بخيار أربعة أيام، والمعنى في الأصل أنه لا يعفى عن الخلل في شرط العقد وهاهنا يعفى عن الخلل في شرط العقد وهو الشهادة، فعفي عن الخلل للزيادة في البدل.

قالوا: المحرم هو الجمع، ولا مزية في الجمع لإحداهما على الآخر، فيبطل الجميع كما لو كان في حال الإسلام.

قلنا: تحصل المزية بالاختيار، ويخالف حال الإسلام، فإن الخلل من جهة الجمع غير معفو عنه، كما لا يعفي عن الخلل بترك الإشهاد وهاهنا الخلل من جهة الجمع معفو عنه كما يعفى عن الخلل بترك الإشهاد.

مسألة: إذا ارتد الزوجان قبل الدخول بطل النكاح [١].

وقال أبو حنيفة: لا يبطل [٢].

لنا: هو أنه نكاح طرأ عليه الردة قبل الإصابة، فبطل كما لو ارتد أحدهما، ولأنه انتقال من دين يحرم النكاح فتعلقت به الفرقة كإسلام أحد الوثنتين، أو انتقال من دين يحرم الوطء، فأشبه ما ذكرناه، لأنه ملك زال إذا ارتد وحده فزال، وإن ارتد المملوك معه كملك اليمين.

فإن احتجوا: بأن العرب ارتدت على عهد أبي بكر فلم يفرق بينهم وبين نسائهم.

قلنا: ولم يفرق أيضاً بين من سبق زوجته بالردة، ولأنه يجوز أن يكونوا رجعوا إلى الإسلام قبل انقضاء العدة.

قالوا: لم يختلف بها دين، ولا دار، فلم يقع الفرقة لأجل التبديل كما لو أسلم الزوجان.

قلنا: يبطل بالمسلم إذا تزوج يهودية ثم تَنَصَّرا، ثم الردة تخالف الإسلام، ولهذا قالوا بردة أحدهما تقع الفرقة، وبإسلام أحدهما لا تقع حتى يمضي عليها ثلاث حيض في دار الحرب، أو يفرق الحاكم بينهما في دار الإسلام، ثم إسلامهما لا يحرم الوطء ولا يمنع ابتداء النكاح، وردتهما تحرم الوطء، وتمنع ابتداء النكاح.

مسألة: إذا ارتد أحدهما بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة [٣].

وقال أبو حنيفة: يقع في الحال [٤].

لنا: أنه اختلاف دين بعد الإصابة فلم يتعجل به الفرقة كإسلام أحد الوثنيين، أو

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٦)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٥٤٣)، روضة الطالبين (٧/١٤٢)، الكافي لابن قدامة (٣/٥٤).

(٢) الإفصاح (٢/١٠٦)، وانظر: الهداية (١/٢٤١).

(٣) الإفصاح (٢/١٠٥)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٧/١٤٢)، الكافي لابن قدامة (٣/٥٤).

(٤) الإفصاح (٢/١٠٥)، ووافق الأحناف مالك. انظر: الهداية (١/٢٤٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٥٤٣).

نكاح طرأت عليه الردة بعد الإصابة، فلم يبطل في الحال كما لو ارتد.

قالوا: عقوبة تعلقت بالردة فتعجلت كالقتل.

قلنا: انفساخ النكاح ليس بعقوبة، لأنه لا يعاقب الزوج بردة زوجته، ولأن القتل يتعجل وإن ارتد الآخر، والفرقة لا تتعجل.

قالوا: الردة سبب للفرقة بدليل أنه لو وطئها بعد الردة وجب عليه المهر، ولو طلقها لم يقع ولم يقف على انقضاء العدة كالطلاق الثلاث، وشراء الزوجة، ووطء أم المرأة.

قلنا: الطلقة الواحدة سبب للفرقة، ولهذا يوجب الشروع في العدة، ثم تقف على انقضاء العدة.

مسألة: إذا انتقل الكافر من كفر إلى كفر لم يقر عليه في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يقر.

لنا: قوله جل وعز: ﴿**وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْأِسْلامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ**﴾ (آل عمران: من الآية٨٥) وقوله ﷺ: «**من بدّل دينه فاقتلوه**»، ولأنه انتقل إلى دين باطل فأشبه المسلم إذا ارتد.

قالوا: انتقل من دين باطل إلى دين يقر أهله عليه، فأشبه المسلم إذا ارتد.

قالوا: انتقل من دين باطل إلى دين يقر أهله عليه، فأشبه الكافر إذا أسلم.

قلنا: ذلك انتقل إلى دين حق، وهذا انتقل إلى دين باطل، فهو كالمسلم إذا ارتد.

قالوا: الكفر ملة واحدة، بدليل أنهم يتوارثون، فصار كالمَلَكِيّة إذا صاروا نسطورية.

قلنا: بل هي ملك، لأن لكل واحدٍ منهم نبيًّا وكتاباً، ولهذا يقال: دين اليهود، ودين النصارى، فأما التوارث فللموالاة، والمظاهرة على الإسلام، ولهذا ينقطع التوارث في الدين الواحد إذا انقطعت الموالاة، والنسطورية، والملكية مذاهب في دين واحدٍ كالشافعية والحنفية.

قالوا: المجوسيُّ إذا تنصّر لا يجوز قتله لترك التمجس لأنه ترك باطلاً، لا يجوز قتله لإيمانه بعيسى عليه السلام، لأنّه تصديق لنبيٍّ فلم يكن لقتله وجهٌ.

قلنا: لا يُقتل لما ذكرتم، لكنه يقتل لأنه انتقل إلى دين باطل، لا حرمة له فيه بنفسه ولا بإبائه.

مسألة: إذا أسلم أحد الوثنيين قبل الدخول وقعت الفرقة، وإن أسلم بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة.

وقال أبو حنيفة: إن كان في دار الإسلام وقعت الفرقة على عرض الحاكم الإسلام

والإباء، وإن كان في دار الحرب وقعت الفرقة على ثلاث حيض.

فالدليل على وقوع الفرقة في دار الإسلام قبل الدخول: أنه اختلاف دين يمنع ابتداء النكاح، فلا تعف الفرقة فيه على الحاكم كالردة.

والدليل على وقوف الفرقة على العدة بعد الدخول في دار الإسلام: هو أنه اختلاف دين بعد الإصابة، فوقفت الفرقة فيه أنه اختلاف دين بعد الإصابة، فوقفت الفرقة فيه على الإقرار، كما لو كان في دار الحرب.

والدليل على وقوع الفرقة في دار الحرب قبل الدخول: هو أنه إسلام أحد الوثنيين قبل الدخول، فلم تقف الفرقة فيه على ثلاثة أقراء، كما لو كان في دار الإسلام.

قالوا: النكاح لا يبطل إلا بأمر حادث، ولم يحدث إلا الإسلام، وهو صلاح، فلا يجوز أن يكون سبباً للإبطال، فاعتبر حكم الحاكم في دار الإسلام، والإقرار في دار الحرب لتعذر الحكم.

قلنا: لا نسلم بل حدث بمعنى آخر وهو اختلاف دين يمنع النكاح، ثم يبطل بإرضاع الصغيرة إذا خيف عليها الهلاك من الجوع ثم إذا جاز أن يكون صلاحاً ثَمَّ يوجب الفرقة مع غيره جاز أن يكون صلاحاً، ويوجب الفرقة بنفسه، ثم يبطل بابتداء النكاح، فإنه يمنع منه مع وجود هذا المعنى.

مسألة: الفرقة الواقعة بالتبديل فسخ.

وقال أبو حنيفة: إن أبى الزوج فهو طلاق.

لنا: أنه فرقة حصلت بالتبديل، فأشبه فرقة الردة، وكما لو أسلم الزوج، ولأنه فرقة من غير صريح الطلاق، ولا نية، فأشبه ما قلناه.

قالوا: فرقة من جهة الزوج حادثة على النكاح، مختصة به، فأشبه الطلاق.

قلنا: ذاك فرقة بلفظ الطلاق أو نية، وهذا بخلافه.

مسألة: إذا هاجرت الحربية بعد الدخول وقعت الفرقة على العدة.

وقال أبو حنيفة: تقع الفرقة باختلاف الدارين.

لنا: هو أن عكرمة، وصفوان بن أمية هربا يوم الفتح إلى الطائف، والساحل، وأسلمت امرأتاهما، وأخذتا لهما الأمان، وأسلم أبو سفيان بمرّ الظهران، وامرأته بمكة، ولم يفرق النبيُّ ﷺ بينهم، ولأن من دخل بها الزوج لم يحل لغيره قبل انقضاء العدة كما لو أسلمت وهما في الدار، لأنه اختلافُ دارٍ، فلا يوقع الفرقة، كما لو دخل المسلمُ إلى دار الحرب في تجارة، أو دخل الحربيُّ إلينا في رسالةٍ.

قالوا: اختلف بهما الدار حكماً وفعلاً، فأشبه إذا هاجرت قبل الدخول، وسُبيَ أحدهما.

قلنا: يبطل به إذا دخل أحدهما في تجارة أو رسالةٍ ويخالف إذا هاجرت قبل الدخول، فإن هناك وقعت الفرقة باختلاف الدين، ولهذا لو مضى عليها ثلاث حيضات وقعت الفرقة، وإن كان في دار الإسلام فرق الحاكم بينهما، وإن لم يختلف بهما الدار، وأما إذا سُبيَ أحدهما فإن الفرقة وقعت لحدوث الرق، ولهذا لو سبيت المرأة وهي في الدار وقعت الفرقة وإن لم يختلف بهما الدار، ولو أسرّ الزوج ولم يسترق لم تقع الفرقة وإن اختلف بهما الدار.

قالوا: دار الحرب تملك فيها بالقهر، وقد قهرت المرأة زوجها على نفسها، فزال ملكه عنها.

قلنا: هي دار القهر في الأموال لا في الاجتماع، ولهذا لو قهر العبد مولاه في الدار لزال ملكه، ولو قهرت المرأة زوجها في الدار لم يزل ملكه عنها.

قالوا: اختلاف الدار بقطع التوارث يقطع النكاح.

قلنا: هذا جمع من غير علة، ثم التوارث ينقطع لعدم الموالاة، ولهذا لو مات حربيّ في دار الإسلام لم يرثه أخوه من أهل الذمة، وإن كانا في دار واحدة.

مسألة: إذا سبيَ الزوجان بطل النكاح.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل.

لنا: هو أنه حدث الرق على الزوج فبطل النكاح، كما لو سُبيَ وحده، ولأنه نوع ملك فزال بالسبي كسائر أمواله، ولأنه إذا زال ملكه عن نفسه فعن بضع امرأته أولى.

قالوا: سبب يستحق به الرقبة، فلم يبطل به النكاح كالبيع والهبة، ووجوب القصاص.

قلنا: السبي أقوى من البيع والهبة، ألا ترى أن الملك بالبيع والهبة يتجزأ فيملك به البعض دون البعض، وبالسبي لا يتجزأ، والمدبر، وأم الولد يملكان بالسبي ولا يملك بالبيع والهبة، وبالبيع والهبة لا يملك إلا مملوك، وبالسبي يملك الأحرار، ووجوب القصاص لا يبطل سائر الأملاك، والسبي يبطله، فصار كالموت.

قالوا: ما ليس بمال لا يبطل بالسبي كالقصاص.

قلنا: القصاص حق يجب عليه لمسلم أو ذمي، والنكاح حق يجب بحربيٍّ، وحقوق الحربي تبطل بالسبي فكذلك نكاحه.

قالوا: لو كان الرق يقطع النكاح لمنع ابتدائه كما قلنا في ملك الأموال.

قلنا: الرق لا يقطع عندنا، وإنما يقطع حدوث الرق، وذلك لا يوجد ابتداء النكاح، ثم يبطل بالخلع.

مسألة: يفسخ النكاح بالرتق، والقرن، والجنون، والجذام، والبرص [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يفسخ [(٢)].

لنا: أنه أحد عوضي النكاح، فثبت الخيار فيه بالعيب كالصداق، أو عقد يحتمل الفسخ فجاز فسخه بالعيب كالبيع والإجارة، وعكسه الخلع، ولأنه عيب يمنع الوطء فثبت به الخيار، كالجب والتعنين.

فإن قيل: لأن ذلك لا يستقر معه الصداق استقراراً صحيحاً بمعنى في الزوج، فلذلك ثبت الخيار.

قيل: لو كان الخيار للمهر لوجب أن يكون الخيار في الأمة المزوجة لسيدها، لأن المهر له، ولأنه إن كان في الأصل لا يستقر الصداق، فهاهنا لا يتمكن من الوطء، والوطء أقصر من المهر.

فإن قيل: يطلقها فيتخلص.

قيل: إلا أنه يلزمه نصف المهر، ويلزمه النفقة والسكنى بعد الدخول، وبالفسخ لا يلزمه ذلك، ولأنه يجوز أن يتخلص بالطلاق ثم يثبت الخيار كما لو زوجه العمّ وهو صغير، ثم بلغ.

قالوا: عيب بالمنكوحة فأشبه البَخرَ، والقطع، والعمى.

قلنا: من أصحابنا من أثبت الخيار بالبخر، والقطع، والعمى لا يمنع الاستمتاع، إما مشابهة وإما طبعاً، فاختلف، ولهذا ثبت الخيار في الإجارة بالزمانة والعمى، ولا يثبت بقطع الأُذن، وفي جانب الزوج يثبت الخيار بالجب والتعنين، ولا يثبت بغيرهما.

قالوا: إذا كان عدم العضو لا يثبت الخيار، فالبرص به أولى، أن لا يثبت الخيار.

قلنا: يبطل بالأصبع الزائدة في البيع، وله إذا شرط أنه أقطع اليد، فوجده صحيح اليد وبها برص، ولأن القطع لا يُعدي، ولا ينفر الطبع منه، والبرص يعدي إلى النسل، وينفر

---

(١) الإفصاح (٢/١٠٩)، ووافق الشافعية مالك انظر: بداية المجتهد (٢/٥٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٦٥)، روضة الطالبين (٧/١٧٧).

(٢) الإفصاح (٢/١٠٩)، وانظر: الهداية (٢/٣٠٦، ٣٠٧).

الطبع منه، ولهذا قال ﷺ: «**فروا من المجذوم فراركم من الأسد**»[(١)].

قالوا: لو ثبت الخيار بعيبها لبطل النكاح بموتها كالجارية المبيعة، والمستأجرة.

قلنا: يبطل بالزوج، وبالصداق، فإنه لا يبطل بتلفه، ولهذا يرجع بالتلف إلى قيمته، ثم يثبت الخيار فيه بالعيب.

قالوا: عقد النكاح تناول الاستباحة، ولهذا إذا وطئت كان المهر لها، ولا عيب بالاستباحة.

قلنا: بل العقد تناول الاستمتاع، ولهذا يجب المهر بالتمكين منه، ويسقط بالمنع، ولو كان على الاستباحة لما صح المنع منها، وإنما وجب المهر لها لأن المنفعة تلفت تحت يدها، فوجب البدل لها، كالمستأجرة إذا غُصِبَت وقُضيَ على الغاصب بالأجرة فإنها تجب للمؤجر، وإن كان العقد على المنفعة.

مسألة: إذا عتقت الأمة تحت حد لم يثبت لها الخيار.

وقال أبو حنيفة: يثبت.

لنا: ما روت عائشة قالت: أعتقت بريرة، وكان زوجها عبداً فخيرها رسول الله ﷺ، ولو كان حرًّا ما خيرها. أخرجه مسلم في الصحيح.

فجعل الخيار لرق الزوج، ثم قطعت على النبيّ ﷺ. بأنه لو كان حرًّا ما خيرها.

فإن قيل: روى الأسود عن عائشة: وكان زوجها حرًّا.

قيل: هذا من قول إبراهيم، وقيل: من قول الأسود، ولأن ما ذكرناه رواه القاسم، وعروة، وهما من المختصين بعائشة، ولأنه رواه ابن عباس، وابن عمر.

فإن قيل: يحتمل أنه سماه عبداً استصحاباً للاسم، كما قال: «**إن العبد نام**»، وكما قال لشريح: «**أيهما العبد**».

قيل: هذا مجاز، ولأن قولها: «ولو كان حرًّا» يسقط ما قالوه، ولأنها عين استفادت كفاءة، أو ساوت زوجها في الكمال، فأشبه إذا استغنت تحت علي ولأنه معنى لايثبت به الخيار في ابتداء النكاح، فلا يثبت به في استدامته، كالقطع، والعمى.

فإن احتجوا: بقوله ﷺ - لبريرة: «**ملكت بضعك فاختاري**»، وهذه العلة موجودة هاهنا.

قيل: لا نعرف هذا اللفظ، ولو ثبت احتمل أنه أراد ملكت بضعك تحت العبد

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٥٨) ح (٥٣٨٠).

فاختاري، فنص على أحد وصفي العلة، واستوفى الوصفين في خبرنا.

قالوا: ملكت بضعها ولم يستحق الصداق فثبت لها الخيار كما لو أعتقت تحت عبدٍ.

قلنا: ينكر بمن ورث جارية من وجهٍ، أو اشتراها ثم لو كان الخيار لعدم استحقاق المهر لما ثبت للمكاتبة إذا أعتقت كما قال زفر، لأنها استحقت المهر، والمعنى في الأصل أن عليها ضرراً في المقام تحت العبد، فإنه لا ينفق عليها نفقة الموسرين، ولا ينفق على أولادها، ويشتغل بالسيد عن عشرتها، ولا ضرر عليها في البقاء تحت الحر، ولأن عليها عار عدم الكفاءة تحت العبد، ولا عار عليها تحت الحر.

قالوا: إذا ثبت الخيار للجب لأنه لا يستقر الصداق، فلأن يثبت هاهنا، ولا يحصل لها مهر أولى.

قلنا: في الجب لم يثبت الخيار للمهر بل لفقد الاستمتاع.

قالوا: ملك عليها بالعتق زيادة في قرء، وزيادة: قسم، فأشبه إذا أعتقت تحت عبدٍ.

قلنا: الخيار إنما يثبت لنقص أمرٍ مقصود، وزيادة القسم زيادة في المقصود، وزيادة القرء غير مقصودة بالعقد، لأن ذلك يكون بعد الفرقة، فلا يثبت الخيار بسببه.

قالوا: لا يجوز أن يكون الخيار في العتق للنقص، لأن ذلك حصل بعد التسليم، فثبت أنه لملك البضع.

قلنا: الخيار ثبت للنقص وذلك حصل.

قيل: تسليم الجميع فثبت به الخيار، كالنقص الحادث في أثناء الإجارة.

مسألة: إذا أعتقت الرجعية في العدة واختارت المقام لم يصح اختيارها.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أنها معتدة منه، فلم يصح اختيارها للمقام، كما لو قال لها أنت بائن.

قالوا: لها أن تختار الفسخ، فجاز لها أن تختار المقام، كغير المطلقة.

قلنا: لا تنافي بين الفسخ، وبين أسباب الفرقة، وبين الفرقة والمقام تنافٍ فمنع أحدهما الآخر.

كتاب الصداق

مسألة: لا يتقدر أقل الصداق [1].

(١) الإفصاح (٢/١١٠)، ووافق الشافعية أحمد انظر: الهداية (١/٢٢٢)، روضة الطالبين (٧/٢٤٩)، =

وقال أبو حنيفة: أقله عشرة دراهم [١].

لنا: ما روى أبو سعيد الخدري أن النبيّ ﷺ[٢] قال: «**المهر جائز، قليله وكثيره**»، وقوله ﷺ[٣]: «**أدوا العلائق**» قيل: ما العلائق؟، قال: «**ما تراضى به الأهلون**»، وقوله للأعرابي: «**التمس ولو خاتماً من حديد**»[٤]، وقوله: «**من استحل بدرهمين فقد استحل**»[٥]، وقوله: «**من أعطى في نكاح ملء كفٍّ من دقيق أو سويق أو طعام فقد استحل**»[٦]، وروي: «**كانت به حلالاً**»[٧]، وروي: «**كان لها صداقاً**».

ولأنه معاوضةٌ لا تعتبر فيه المماثلة، فوجب أن يكون تقدير العوض فيه إلى من يملك

=

الكافي لابن قدامة (٣/٥٨).

(١) الإفصاح (٢/١١٠)، ووافق الأحناف مالك انظر الهداية (١/٢٢٢)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٥١).

وسبب اختلافهم في التقدير سببان: أحدهما تردده بين أن يكون عوضاً من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة.

والسبب الثاني معارضة هذا القياس الذي يقتضي التحرير فهو كما قلنا إنه عبادة العبادات مؤقتة وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحرير فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته، وفيه أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يارسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ ((هل معك من شيء تصدقها إياه؟)) فقال ما عندى إلا إزاري فقال رسول الله ﷺ ((إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فقال ﷺ: ((التمس ولو خاتماً من حديد فلم يجد فقال له ﷺ هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم سورة كذا وكذا فقال: رسول الله ﷺ قد أنكحتكها مما معك من القرآن. انظر بداية المجتهد (٢/١٨، ١٩).

(٢) لم أجده.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري (٤/١٩١٩) ح (٤٧٤١).

(٥) عزاه الحافظ ابن حجر للبيهقي. انظر/ التلخيص الحبير (٣/١٩٠).

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٢٣٨) ح (١٤١٤٨)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٨١) ح (١٦٧٠).

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٢٤٣).

إسقاطه، كالبيع، والإجارة والخلع. فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**لا مهر أقل من عشرة دراهم**»[١].

قلنا: يرويه مبشر بن عبيد، عن حجاج بن أرطأة، عن عطاء، عن جابر، ومبشر والحجاج ضعيفان، ويرويه عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده الأدنى، فهو مرسل ثم نحمله على ما هو المثل في امرأة بعينها.

قالوا: أحد بدلي النكاح فتقدر أقله كالبضع.

قلنا: لو كان كالبضع لتقدر أقلُّه وأكثرُه، ولأن البضع في الخلع يتقدر، ولا يتقدر بدله، والطلاق يتقدر ولا يتقدر بدله.

قالوا: عضو لا يستباح إلا بالمال فتقدر فيه المال، كالقطع في السرقة.

قلنا: البضع قد يستباح بغير مال، وهو إذا زوج أمته من عبده، ثم القطع وجب لصيانة الأموال، والتافه لا تدعو النفس إلى سرقته فلم يحتج إلى القطع، ولهذا لم يتعلق بالجنس التافه عندهم، والمهر جعل ليصير معاوضة حتى لا يكون كالسفاح ولهذا جاز فيه الجنس التافه، فجاز فيه القدر التافه.

قالوا: ابتداء المهر حق لله تبارك وتعالى بدليل: أنه ثبت من غير تراضٍ فكان مقدراً كالشهادة في النكاح، والزكوات، والكفارات.

قلنا: لا نسلم بل هو حق لها، وبدل منفعتها، ولهذا كان استدامته لها، وينفذ فيه إسقاطها، ولو كان الابتداء لله تبارك وتعالى لكان الاستدامة له كالزكوات، ولأن الشهادة تراد لحفظ النسب، وبالعدد تنحفظ، والزكاة والكفارة للمواساة فقدر ليحصل المواساة، والمهر يراد ليصير معاوضة فلم يتقدر، يؤكده: أن في الشهادة اعتبر شخص مخصوص، وفي الزكاة والكفارة اعتبر مال مخصوص، وهاهنا لا يعتبر مالٌ مخصوص، فلم يعتبر قدرٌ مخصوص.

قالوا: ما ارتفع قدره عن المال وتقدر بدله كالحر.

قلنا: لو كان كالحر لما جاز أن يزاد بدله على المقدر، ثم البدل هناك وجب بإيجاب الشرع، فيتقدر بما ورد به، وهاهنا بالفرض والتراضي، فيتقدر بما وقع عليه التراضي كأثمان البياعات.

---

(١) موقوفاً على الخليفة علي عليه السلام أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٢٤٠) ح (١٤١٦٦)، والدارقطني في سننه (٣/٢٤٥) برقم (١٥).

مسألة: يجوز أن يجعل تعليم القرآن، ومنفعة الحر صداقاً [(١)].

قال أبو حنيفة: لا يجوز [(٢)].

لنا: ما روى أن النبي ﷺ[(٣)] قال: للأعرابي الذي خطب الواهبة: «**هل عندك من شيء تصدقها إياه**»؟ فقال: ما عندي إلا إزاري هذا. فقال: «**إذا أعطيتها إياه جلست لا إزار لك**». قال: «**فالتمس شيئاً، لو خاتم حديد**»، فلم يجد شيئاً فقال ﷺ: «**هل معك من القرآن شيء**» قال: نعم، سورة كذا، وسورة كذا، فقال ﷺ: «**قد زوجتك بما معك من القرآن**».

فإن قيل: لعل معناه: لما معك من القرآن، كما روي أن أبا طلحة تزوج أم سلمة على إسلامه.

قيل: الباء تصحب البدل، ولأنه قال ذلك عند التماس الصداق، ولأنا دللنا في الإجارة أنه يجوز الاستئجار عليه، وكل منفعة استحقت بالإجارة جاز أن تجعل صداقاً كسائر المنافع، والدليل على منفعة الحر: أنه عقد يستحق به منفعة الحر كالإجارة.

فإن قيل: البدل في الإجارة مال، ومبناه على التوسعة والبدل في الصداق البضع ومبناه على التضييق، ولهذا لا يملك إلا عدد محصور بشهادة ومال.

قيل: هذا لا يوجب التضييق من كل وجهٍ، ولهذا يستباح بمنافع العبد، فجاز أن يستباح بمنافع الحر، ولأن ما ملك بعقد المغابنة جاز أن يجعل صداقاً كمنفعة العبد، وسائر الأموال، ولأن كل منفعة جاز أن تجعل صداقاً من العبد، جاز أن تجعل صداقاً من الحر، كرعي الغنم، فإن لم يسلموا في إحدى الروايتين دللنا عليه بقوله عز وجل: ﴿**إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ**﴾ (القصص: من الآية ٢٧)، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

قالوا: ليس بمالٍ، ولا في تسليمه تسليم مالٍ فأشبه بضع الحرة، وطلاق الضرة.

قلنا: تعليم القرآن وإن لم يكن مالاً إلا أنه أجل من المال وأعظم، ولهذا قال ﷺ: «**ليس منا من لم يتغنَّ بالقرآن**»، ومنفعة الحر كالمال، لأنه يملك بعقد المغابنة كالمهر

---

(١) الإفصاح (١١١/٢)، ووافق الشافعية مالك انظر: المعونة (٧٥١/٢)، روضة الطالبين (٣٠٤/٧).

(٢) الإفصاح (١١١/٢)، ووافق الأحناف أحمد انظر: الهداية (٢٢٤/١)، الكافي لابن قدامة (٦٢/٣)، المسائل الفقهية للقاضي أبي يعلى (١١٧/٢).

(٣) أخرجه البخاري (١٧٩/١) ح (٧١٦).

بخلاف منفعة البضع، ثم منفعة البضع لا تجوز أن تجعل صداقاً من الآدمية، وإن كان تسليمُه تسليمَ مالٍ فلم يؤثر في الوصف، وطلاق الضرة لا منفعة فيه للمرأة لأن حقوقها لا تزيد بذلك، ولهذا قال ابن سيرين: كانوا يكرهون أن تسمى ضرة، وقالوا: لا ضرر عليها، فصار كالأعيان التي لا منفعة فيها، ومنفعة الحر لها فيها منفعة فهو كسائر الأموال.

قالوا: المرأة تستحق الخدمة على الزوج فلا يجوز أن تجعل عوضاً لبضعها.

قلنا: من تخدم نفسها في العادة لا تستحق الخدمة، ثم الخدمة إنما تستحق بعد العقد والتسليم، فأما في حال العقد فلا تستحق، ثم لا يستحق خدمته بعينه، وإنما يستحق الخدمة في الجملة، ويجوز أن يسقطها بنفسه، وذلك لا يمنع أن يجعل صداقاً كما يجوز أن يسقطها بخدمة عبده، ثم يجوز أن يجعل ذلك صداقاً.

مسألة: لا يجوز أن يجعل العبد المطلق صداقاً.

وقال أبو حنيفة: يجوز ويلزمه عبد وسط.

لنا: أن ما لا ينتفي في الذمة بالتسليم لم يثبت بالصداق كالثوب المطلق، ولأنه عوض غير موصوف، ولا مشار إليه، ولا له عرفٌ يحمل عليه، فأشبه الثوب.

فإن قيل: أدون ، وأعلى، وأوسط، وفي العبد أعلى وهو التُّرك، وأدون وهو الزِّنْج، وأوسط وهو الهند.

قيل: في الثياب أيضاً أعلى وهو الإبريسم، وأدون وهو القطن، وأوسط وهو الكتان، ثم النوع من كل صنف من ذلك مختلف، فلا ينفك من الجهالة، ثم يبطل به إذا قال زوجتك بنتاً، وله صغرى، وكبرى، ووسطى.

قالوا: كل موضع ثبت الحيوان في الذمة عوضاً عمّا ليس بمالٍ جاز أن يثبت مجهولاً، كالإبل في الدية، والرقبة في الكفارة.

قلنا: يبطل بالإجارة يجوز أن تثبت في الذمة، ثم الحيوان في الأصل وجب بالشرع فجاز مع الجهالة كالقيمة في البيع الفاسد وهاهنا وجب بالعقد والتسمية، فهو كالثمن في البيع الصحيح.

قالوا: أحد عوضي النكاح فجاز مع الجهالة كالبضع.

قلنا: لو كان كالبضع لجاز مع الجهل بالمقدار كما يجوز في البضع الجهل بالمقدار وعدد الوطئات، ثم نقلب: فلا يجوز بمجهول العين والصفة كالبضع، ولأن البضع عبارة عن الاستمتاع، ولا يمكن العلم به لا بالوصف ولا بالرؤية، والمهر هو المال، ويمكن العلم به بالرؤية والوصف فلم يجز مع الجهل.

قالوا: إذا جاز النكاح بمهر المثل وهو مجهول الجنس والقدر، والصفة، فلأن يجوز على العبد المطلق وهو معلوم الجنس والقدر أولى.

قلنا: لو كان هذا صحيحاً لجاز بالثوب المطلق، لأنه معلوم الجنس والقدر، ثم مهر المثل لا يجب بالعقد، وإذا سمّي بطلت تسميته، وإنما يجب بفوات البضع بالعقد، فهو كالقيمة في البيع الفاسد، وهاهنا يجب بالتسمية فهو كالثمن في البيع.

مسألة: إذا أصدقها موصوفاً وأحضر قيمته لم يجبر على قبولها.

وقال أبو حنيفة: يجبر.

لنا: أنه عوض في عقد إذا أحضره وجب قبوله، وإذا أحضر قيمته لم يجب القبول كالعوض في البيع، والصداق المعين، وذوات الأمثال.

قالوا: كل موضع ثبت الحيوان عوضاً عما ليس بمالٍ إذا أحضر الأثمان وجب قبولها كالدية.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد القولين، ثم بدل وجب بالشرع، وقد نص على الأثمان، وهاهنا وجب بالعقد، ولم ينص إلا على شيءٍ واحدٍ فصار كسائر الأعواض.

قالوا: لا يثبت في الذمة بالإتلاف، فأشبه الجواهر.

قلنا: لو صحّ هذا لوجب أن لا يثبت بالسلم، ولوجب إذا أحضره أن لا يقبل كالجواهر.

مسألة: إذا تلف الصداق المعين قبل التسليم رجع إلى مهر المثل في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يرجع إلى قيمة التالف.

لنا: هو أنه عوض معين تلف قبل التسليم، وتعذر الرجوع إلى المعوض، فوجب الرجوع إلى بدل المعوض، كما لو اشترى عبداً بثوبٍ، وقبض العبد ولم يسلم الثوب حتى تلف، ولأن ما جعل صداقاً تعذر تسليمه، فوجب الرجوع إلى مهر المثل، كما لو أصدقها فخرج حرًّا.

فإن قيل: الحر لم يدخل في العقد.

قيل: والعقد بالتلف خرج من العقد، وما خرج من العقد ولم يدخل سواء.

قالوا: السبب لتسليمه قائم، فإذا هلك رجع إلى بدله كالمغصوب.

قلنا: لا نسلم، فإن السبب الموجب لتسليمه عقد الصداق وهو فرضه وتسميته، وقد زال بتلفه، ويخالف المغصوب فإنه مضمون باليد، فاستقر ضمانه، وهذا مضمون بالعقد، فإذا تلف قبل التسليم انفسخ العقد كالبيع.

مسألة: يرد الصداق بالعيب اليسير.

وقال أبو حنيفة: لا يرد.

لنا: أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالفاحش.

قالوا: إذا ردّ رجع بقيمته ردّ بما غلظ المقوم، وقوم الصحيح بما يقوم به وهو معيب عيباً يسيراً، فلا يفيد الرد.

قلنا: عندنا يرجع إلى مهر المثل كما يرجع في البيع إلى قيمة المعوض الفائت، ولأن الظاهر أنه لا يلغظ المقوم، ولأنه يبطل بمن اشترى عبداً بجارية وقيمتها واحدة، وماتت الجارية في يد مشتريها، ووجد مشتري العبد بالعبد عيباً يسيراً فإنه يرده ويرجع إلى قيمة الجارية، وإن جاز أن يغلظ المقوم ولا يفيد الردّ شيئاً.

مسألة: إذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول سقط المهر في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يسقط.

لنا: هو أنه حصل إتلاف البضع على الزوج من قبلها قبل الدخول فسقط المهر كما لو ارتدت أو أرضعت الكبيرة الصغيرة.

قالوا: المستحق للمهر هو الوارث، ولم يحصل إتلاف البضع من جهته فلم يسقط المهر كما لو قتلها أجنبي.

قلنا: لا نسلم، بل المستحق هو المرأة، ومنها ينتقل إلى الوارث، ولا يبطل به إذا ارتدت، فإن المستحق عندهم ورثته من المسلمين، ولم يحصل إتلاف من جهتهم، ثم يسقط صداقها، ويخالف الأجنبي فإن المنع حصل من غير جهتها، وهاهنا حصل من جهتها، وحكم الأمرين مختلف يدل عليه: أن الفسخ بالرضاع لو حصل من جهتها سقط المهر، ولو حصل من غير جهتها لم يسقط.

قالوا: لا يتعلق به بدل ولا كفارة فأشبه موتها حتف أنفها.

قلنا: عندنا يتعلق به الكفارة، وبالإجماع يأثم، وبالموت لا يأثم، ولأن في الموت بلغ النكاح منتهاه، وبالقتل قطع النكاح دون منتهاه، ولهذا لو بقي على حاله إلى منتهاه ورثه الوارث، فلو قطعه الوارث بالقتل دون منتهاه لم يرثه.

قالوا: دين لا يسقط بالموت فلا يسقط بالقتل كسائر الديون.

قلنا: لأن سائر الديون ليست ببدل عما يتلف بالقتل، والمهر بدل عما يتلف بالقتل، ولهذا لا يسقط سائر الديون بالردة، ويسقط المهر.

مسألة: مهر المثل وما يفرض بعد العقد ينتصف بالطلاق قبل الدخول.

وقال أبو حنيفة: لا يتنصف.

لنا: هو أنه مهرٌ واجب فتنصف بالطلاق قبل الدخول، كالمسمّى في العقد.

قالوا: عرى النكاح عن تسمية مهر صحيح، فوجب لها بالطلاق قبل الدخول المتعة، كالمفوضة قبل الدخول.

قلنا: إذا جاز أن يعرى عن التسمية ثم يجب جاز أن يعرى ويتنصف، ويخالف المفوضة، فإنها رضيت بغير مهر، وهذه لم ترض بغير مهر.

قالوا: بدل يجب حكماً فلم يتنصف بالطلاق كالمتعة.

قلنا ما يجب حكماً آكد مما يجب بالتسمية، فإذا انتصف المسمَّى، فلأن ينتصف هذا أولى، والمتعة لا توجب مهراً، وهذا يوجب مهراً فتنصف كالمسمّى.

مسألة: لا يجب للمفوضة مهر بالعقد، وفي وجوب بالموت قولان (١).

وقال أبو حنيفة: يجب بالعقد، ويستقر بالموت (٢).

لنا: أنها فوضت بضعها باختيارها، فلم يجب لها المهر بالعقد كالذمية، ولأن مالا ينتصف بالطلاق لم يجب بالعقد كالزيادة على مهر المثل، ولأنه لو كان واجباً لمنع وجوب لزكاة على قولهم كسائر الديون. والدليل على أنه لا يجب لها بالموت: هو أنه فارقها زوجها من غير عوضٍ ولا مسيس فلم يجب لها المهر كالذمية إذا مات عنها، والمسلمة إذا طلقها زوجها.

قالوا: لو لم يجب لها المهر لم يملك المطالبة بالفرض، كما نقول فيمن وهب ماله.

قلنا: إذا جاز أن يستقر به البدل وهو تصرف في ملكه جاز أن يجب به، ثم يبطل بوطء امرأة في الصوم وفي الإحرام، وبقتل عبده المرهون، فإنه تصرف في ملكه ويجب به الضمان، ولأن في العين رضيت من غير بدل فلم يجب، وفي الوطء لم ترض فوجب.

قالوا: إذا فوضت وهي شابة، وطالبت بالفرض وهي عجوز فرض لها مهر شابة، فدل على أنه وجب لها في تلك الحال.

قلنا: في أحد الوجهين يفرض لها مهر عجوز، وإن سلم لا يمتنع أن يعتبر حال العقد، ثم لا يجب إلا بالفرض كما نقول فيمن أعتق شركاً له في عبدٍ شاب فلم يقوم حتى شاخ فإنه يجب عليه نصف قيمته وهو شاب، ثم لا يملك ذلك.

---

(١) الإفصاح (٢/١١١)، وانظر: روضة الطالبين (٧/٢٨٢).

(٢) الإفصاح (٢/١١١)، وانظر: الهداية (١/٢٢٢).

فإن احتجوا في الاستقرار بالموت: بما روي أن عبد الله بن مسعود سئل عن امرأةٍ مات زوجها ولم يسم لها مهراً؟ فقال بعد شهرٍ: أقول فيها برأيي فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريئان، لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط، فقام إليه ناس من أشجع فقالوا: نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل ما قضيت به (١).

قلنا: إن كان التعليق بقضاء عبد الله فقد خالفه علي وابن عباس، وابن عمر، وزيد فقالوا: لا مهر لها حسبها الميراث، وإن كان بقضاء رسول الله ﷺ فلعله كان ذلك في مفوضة المهر ولعلهم أرادوا أنه قضى في كيفية المهر لا في مثل هذه القصة.

قالوا: من استقر مهرها بالدخول استقر بالموت كالمسمّى لها.

قلنا: يبطل بالمنكوحة نكاحاً فاسداً، والمعنى في الأصل لم يرض إلا ببدل، فهو كما لو باع بخمرٍ وهاهنا رضيت بغير بدل، فهو كما لو وهب، ولأن المسمى يستقر نصفه بالطلاق، وهذا بخلافه.

قالوا: نكاح جعل الموت فيه كالدخول في العدة فجعل كالدخول في تقرير المهر كنكاح المسمى لها.

قلنا: ليس إذا وجبت العدة وجب المهر، كما نقول في نكاح العبد بأمةِ مولاه، وفي نكاح المفوضة الذمية.

مسألة: الخلوة لا تقرر المهر في أحد القولين (٢).

وقال أبو حنيفة: إذا وجدت من غير مانع قررته (٣).

لنا: قوله عز وجل: ﴿**وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُم**﴾ (البقرة: من الآية٢٣٧).

فإن قيل: روي عن على أنه فسر المسّ بالخلوة.

قيل: هو مجازٌ، ولأنه جعل ذلك شرطاً، والخلوة ليست بشرط.

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/١٩٦) ح (٢٧٣٧) وصححه، والنسائي في الكبرى (٣/٣١٧) ح (٥٥١٨)، والإمام أحمد في مسنده (١/٤٤٧) ح (٤٢٧٦).

(٢) الإفصاح (٢/١١٤)، ووافق الشافعية مالك انظر: المعونة (٢/٨٦٥)، المدونة (٢/٢٢٢)، روضة الطالبين (٧/٢٦٣).

(٣) الإفصاح (٢/١١٤)، وانظر: الفتاوي الهندية (١/٢٠٣).

فإن قيل: المس هو القرب، ولهذا تقول: أمر فلان يمسني أي يقرب منّي.

قيل: هذا مجازٌ، ولهذا يقول: قربت منه ولم أمسه، ولو كان حقيقاً في القرب لما صحَّ نفيه، ولأنه جعله شرطاً والقرب ليس بشرط، ولأنها مطلقة لم تمس فتنصف مهرها كالمطلقة قبل الخلوة، ولأنها خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة في النكاح الفاسد، ولأنه حكم من أحكام الوطء فلا يتعلق بالخلوة، كالإحلال، والإحصان، والحد، والغسل.

فإن احتجوا بقوله تبارك وتعالى: ﴿**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ**﴾ (النساء: من الآية٢١)، قال الفراء: الإفضاء الخلوة.

قلنا: قال الزجاج: الإفضاء الغشيان.

وقال التجيبي: هو المجامعة.

قالوا: روى عبد الرحمن بن ثوبان، عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل**»[1].

قلنا: عبد الرحمن عن النبيِّ: مرسل، ثم نقول به فإنه يجب تسليمه بكشف الخمار.

فإن احتجوا: بما روى زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخى ستراً وجب عليه المهر، دخل بها أو لم يدخل.

وقال ﷺ: «**عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، وعضوا عليها بالنواجذ**»[2].

قلنا: خالفهم ابن عباس، فإنه قال: ما سمعت الله تبارك وتعالى ذكر إغلاق بابٍ، ولا إرخاء ستر.

قالوا: وجدت التخلية بينه وبين المعقود عليها من غير مانع، فاستقر عليه البدل، كالتخلية في بيع العقار والتخلية في الإجارة.

قلنا: التخلية في العقار قبض، والتخلية في البضع ليست بقبض، ولأن التخلية في البيع الفاسد يقرر البدل، والخلوة في النكاح الفاسد لا يقرر، والمنفعة في الإجارة مالٌ، فإذا

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٣٠٧) برقم (٢٣٢)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٨٤) ح (١٦٨١).

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١/١٧٩) ح (٥)، والحاكم في مستدركه (١/١٧٤) ح (٣٢٩)، والترمذي (٥/٤٤) ح (٢٦٧٦)، وقال: حسن صحيح، والدارمي (١/٥٧) ح (٩٥)، والبيهقي في الكبرى (١٠/١١٤)، وابن ماجة (١/١٥) ح (٤٢)، والإمام أحمد في مسنده (٤/١٢٦).

زالت يد الأول ثبتت يد الثاني فضمن كالعبد في الغصب، ومنفعة البضع ليست بمالٍ فلا يضمن من غير إتلاف كالحر، ولأن في الإجارة لا ترد العين كما أخذ، بل يردها مسلوبة المنفعة، فوزانه من النكاح أن يطأها، وهاهنا ردها كما أخذ فهو كما لو رد العين قبل أن يتلف منافعها، ولأن المدة في الإجارة مضيقة لا تحتمل التأخير، ولهذا لا يجوز أن يستأجر صغيراً فإذا لم يستوف جعل متلفاً للمنافع، والمدة في النكاح متسعة ولهذا يجوز أن تتزوج صغيرة فلا يصير متلفاً للمنافع ولأن الإجارة لو منع العين مدة سقط البدل، فإذا سلم وجب، ولو منعت المرأة نفسها مدة لم يسقط البدل، فإذا تسلمت لم يجب.

قالوا: ولأنه إذا استقر المهر بالموت فبالتمكين أولى.

قلنا: بالموت يكمل أحد مقصوديه وهو الوصلة، فهو كما لو كمل مقصوده بالمنفعة، وبالتمكين لم يكمل مقصوده، فهو كما لو طلقها قبل الدخول.

قالوا: ولأنه مالٌ يجب النكاح، فاستقر بالتمكين كالنفقة.

قلنا: النفقة بإزاء التمكين، والمهر بإزاء الوطء.

يؤكده: أن النفقة تستقر مع الحيض، والإكراه والمهر لا يستقر.

مسألة: إذا سلمت نفسها حتى وطئها لم يكن لها أن تبيع نفسها لقبض المهر(١).

وقال أبو حنيفة: لها ذلك (٢).

لنا: هو أنه تسليم يستقر به البدل برضاء من له الحبس، فسقط به حق الحبس كتسليم المبيع.

قالوا: لم يوجد تسليم جميع المعقود عليه، فأشبه إذا سلم بعض المبيع.

قلنا: الوطء الأول جعل كجميع المعقود عليه في تقرير البدل، فكان كجميعه في إسقاط الحبس.

مسألة: إذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف بدله في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: إن كان عوضاً لم يرجع، وإن كان نقداً ووهبت قبل القبض لم يرجع.

لنا: هو أنه رجع الصداق إليه بعقد مستأنف فأشبه إذا اشتراه منها.

---

(١) الإفصاح (١١٤/٢)، ووافق الشافعية مالك انظر: المعونة (٧٩٧/٢)، الإشراف (٤٩/١).

(٢) الإفصاح (١١٤/٢)، وانظر: الفتاوي الهندية (٣١٧/١).

فإن قيل: الشراء معاوضة، وهذا تبرع فلا يوجب الضمان.

قيل: الضمان وجب بالقبض لا بالشرع.

ثم يبطل به: إذا وهب من الأجنبيٍّ، ولأنه رجع إليه بغير الطلاق، فأشبه إذا كان نقداً فقبضته ثم وهبته.

فإن قيل: لأن الفسخ لا يقع إلا على ما وقع العقد عليه، والعقد في النقد وقع على ما في الذمة لا على المقبوض، فلم يكن الراجع إليه هو الصداق.

قيل: إلا أنه بالقبض تعين وصار هو الصداق، وقد رجع ذلك إليه.

قالوا: لم يحصل على شيء من الصداق فلا يرجع عليها بالطلاق كما لو فوضت بضعها أو أبرأت من الصداق.

قلنا: يبطل بالنقد، وبه إذا قال: وهبت من أجنبي، والمفوضة لم تملك المهر، وهذه ملكته وتصرفت فيه، فصار كما لو وهبته من الأجنبيّ، وإذا أبرأته ففيه وجهان، وإن سُلّم فلأنّ ذلك إسقاط، ولهذا لا يحتاج إلى القبول، ولا يرجع على الشهود إذا رجعوا عن الشهادة إذا أبرئ منه، وهذا تمليك يفتقر إلى القبول، ولهذا يرجع على الشهود إذا رجعوا بعد ما وهب له فصار كالبيع.

قالوا: عجلت ما كان له عند الطلاق فأشبه إذا عجل له الدين المؤجل.

قلنا: هناك أخذ ما وجب له بالجهة التي وجبت وهاهنا أخذه بالهبة.

مسألة: إذا خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها على مهرٍ في العدة ثم طلقها قبل الدخول لزمه نصف المسمّى وعليها بقية العدة.

وقال أبو حنيفة: يلزمه جميع المسمى، وعليها استئناف العدة.

لنا: هو أنها مطلقة في نكاح من غير مسيسٍ، فلا يجب لها جميع المهر كما لو تزوجها بعد العدة، وفي العدة نقول: مطلقة في نكاحٍ من غير مسيسٍ ولا اشتغال رحم بالماء، فلم يلزمها العدة.

دليله: ما قلناه.

قالوا: حكم الدخول في النكاح الثاني قائم، بدليل أنها إذا أتت بولدٍ دون ستةِ أشهر من العقد الثاني لحقه فصار كما لو وطئها.

قلنا: إذا تزوجها بعد انقضاء العدة حكم الدخول أيضاً قائم في تحريم بنت المرأة، ووجوب الغسل إذا وجدت الماء، لم يكن إذا اغتسلت في النكاح الأول، ثم لا يجب المهر ولا كمال العدة.

قالوا: المهر يستقر بالتسليم وذلك يستدام في النكاح الثاني فاستقر به البدل، كما نقول فيمن استأجر داراً سنة ثم استأجرها سنة أخرى.

قلنا: التسليم في الإجارة يقع دفعة واحدةً، وهاهنا يتكرر، ولهذا في الإجارة يسقط حق الجنس بتسليم واحدٍ، ولا يسقط بتسليم وطء واحدٍ حق الجنس عندهم.

قالوا: انقطعت العدة فإذا طلقت استأنفت كالرجعية إذا راجعها ثم طلقها.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد القولين، وإن سلم فلأن هناك عادت إلى النكاح الأول ثم طلقت عن نكاح فيه مسيس، وهذه طلقت عن نكاح من غير مسيسٍ.

مسألة: تجب المتعة للمدخول بها في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنها مطلقة لم تحصل على مالٍ مجرد عن مقابلة إتلاف، فأشبهت المفوضة إذا طلقت قبل الدخول، ولأنه إذا وجب لها قبلَ الدخول فبعد الدخول أولى، لأن الحزن أشد، ولأن كل مالٍ وجب لغير المدخول بها وجب للمدخول بها، كالنفقة والميراث.

فإن احتجوا: بقوله عز وجل ﴿**لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ**﴾ (البقرة: من الآية٢٣٦)، فشرط عدم الدخول في المتعة.

قلنا: أنتم لا تقولون بدليل الشرط ونحن نقدم عليه النطق وهو قوله تعالى: ﴿**أُمَتِّعْكُنَّ**﴾ (الأحزاب: من الآية٢٨).

قالوا: من استقر لها المهر لم تجب لها المتعة، كالموطوءة في النكاح الفاسد، والمتوفي عنها زوجها.

قلنا: وجوب المهر لا يمنع حقًّا آخر، كما لا يمنع وجوب النفقة السكنى والميراث، والموطوءة في الفاسد لا يلحقها بالعقد انتقال، ولا يجوز على المعارفة، إذْ لا عقد بينها، والمتوفي عنها فارقها عن نكاح تَمَّ وانتهى، وهاهنا فارقها قبل تمام النكاح، وأدخل الحزن بالابتذال والطلاق، ولأن تلك يجب لها الميراث فقام مقام المتعة بخلاف المطلقة.

قالوا: إذا منع نصف المسمى وجوب المتعة فجميعه أولى.

قلنا: نصف المسمى حصل لها من غير إتلاف، فقام مقام المتعة، وجميع المهر في مقابلة الوطء فيوجب المتعة في مقابلة الوطء فوجبت المتعة في مقابلة الحزن والابتذال.

مسألة: إذا مات الزوجان عن مهر المثل يسقط المهر.

وقال أبو حنيفة: إذا ماتا سقط مهر المثل.

لنا: هو أنه دين ثابت فأشبه سائر الديون أو مهر لا يسقط بموت أحدهما، فلم يسقط بموتهما كالمسمى.

قالوا: مهر المثل موقوف على معرفة مهر أنسابها، ومعرفة حالها، وعادة أهل ذلك الزمان، وقد تعذر ذلك فلم يمكن إيجابه، كتوريث الغرقى.

قلنا: يرجع في ذلك إلى مهر من يعرف، ولأنه يبطل به إذا نفى الزوج، ولأنه لو كان للتعذر لوجب ما تيقن وهو أقل المهر، كميراث الخنثى.

مسألة: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر تحالفا (١).

وقال أبو حنيفة: القول قول من يدعي مهر المثل، فإن كان قولها خلاف مهر المثل تحالفا (٢).

لنا: هو أنهما متعاقدان تحالفا إذا كان قولهما مخالفاً لعوض المثل فتحالفا، وإن كان ما يدعي أحدهما عوض المثل كالمتبايعين.

قالوا: اختلافهما يمنع صحة التسمية، فيوجب الرجوع إلى مهر المثل، فمن ادعى مهر المثل كان الظاهر معه.

قلنا: الرجوع إلى مهر المثل عند عدم التسمية ثَمّ يبطل به إذا اختلفا في ثمن السلعة التالفة، فإنه يجب الرجوع إلى ثمن المثل ثُمّ لا يجعل القول قول من يدعي ذلك.

مسائل القسم

مسألة: إذا تزوج بكراً أقام عندها سبعاً من غير قضاء، وإن تزوج ثيباً أقام ثلاثاً من غير قضاء، أو سبعاً بالقضاء (٣).

وقال أبو حنيفة: يقضي في الجميع (٤).

لنا: أن النبيّ ﷺ قال لأم سلمة: «**إن شئت سبعت عندهن، وسبعت عندهم، وإن**

---

(١) الإفصاح (٢/١١٢)، وانظر: روضة الطالبين (٧/٣٢٣)، مغني المحتاج (٢/٢٤٢).

(٢) الإفصاح (٢/١١٢)، وانظر: الهداية (١/٢٣٠).

(٣) الإفصاح (٢/١١٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٥٦٢)، روضة الطالبين (٧/٣٥٤)، الكافي لابن قدامة (٣/٩٠).

(٤) الإفصاح (٢/١١٥)، وانظر: الفتاوي الهندية (١/٣٤٠).

شئت ثلثت عندك ودرت»[١]، وروي: «**إن شئت أقمت معك ثلاثاً خالصة، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي**»[٢]، فلو وجب القضاء في الثلاث والسبع لما خالف بينهما، ولأنه صرح بأنه خالصة لك.

وروى أنس أن النبيّ ﷺ قال: «**للبكر سبع، وللثيب ثلاث**»[٣]، واللام للتمليك.

قالوا: حق من حقوق الزوجية فاستوى فيه الثيب والبكر كسائر الحقوق.

قلنا: الحرة والأمة يستويان في سائر الحقوق، ثم تختلفان في القسم.

قالوا:خصّ بعض نسائه في القسم فلزمه القضاء كحال البقاء.

قلنا:يبطل به إذا سافر ببعض نسائه وأقام عند الحرة ليلتين، ثم في حال البقاء لا يقطع الدور، وفي الابتداء يقطع الدور.

قالوا: تصير في أول ليلة ثيباً فلا تفضل على غيرها.

قلنا: إلا أنه ثبت لها حق الأبكار، وهي بكر، فلا يسقط بالثيوبة، كما لو وجب عليه حدّ البكر ثم أحصن.

قالوا: لو كان للثيب ثلاث لوجب إذا أقام عندها سبعاً أن لا يقضي.

قلنا: لها الثلاث بشرط أن لا يزيد، فإذا زاد سقط، كما قالوا في المعنى عليه أنه يلزمه قضاء خمس صلوات، فإذا زاد سقط الجميع.

مسألة: إذا سافر ببعض نسائه بغير قرعة قضى للبواقي.

وقال أبو حنيفة: لا يقضي.

لنا: قوله ﷺ: «**من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل**»[٤].

ولأنه خصها بمدة على وجه يلحقه الظنة، فلزمه القضاء كما لو كان في الحضر، ولأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى، فلا تقدم من غير قرعة، كما نقول في قسمة الأملاك.

---

(١) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٣/٨٩) ح (٤٣٠٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/٣٠٠) ح (١٤٥٣٣)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٦٠)، والإمام مالك في موطئه (٢/٥٢٩) ح (١١٠٢).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٢٨٤) برقم (١٤٣).

(٣) أخرجه مسلم (٢/١٠٨٣) ح (١٤٦٠).

(٤) أخرجه أبو داود (٢/٢٤٢) ح (٢١٣٣)، والدارمي (٢/١٩٣) ح (٢٢٠٦).

قالوا: حق لها في القسم في السفر بدليل: أنه يجوز أن يسافر وحده فلم يقضِ كحال المرض.

قلنا: في الحضر أيضاً يجوز أن يثبت وحده، ثم إذا قسم لزمه القضاء، وحال المرض غير مسلم.

مسألة: النثار مكروه [١].

وقال أبو حنيفة: لا يكره [٢].

لنا: ما روى عن أبي مسعودٍ البدري أنه كان بنوه في الكتاب فأراد أن ينثروا على صبيّ، فقال لغلامه: اشترِ لصبياني بدرهم جوزاً لا ينتهبوا مع الغلمان، ولأنه يوجد نهبة وخلسة، وربما أخذ من لم يَرِدْهُ صاحبه فكره.

قالوا: روي أن النبيّ ﷺ نحر بدناً، وقال: «**من شاء اقتطع**»[٣]، وهذا في معنى النثار.

وعن معاذ قال: نثر على رجل فاكهة وسكر فكف الناس أيديهم، فقال: «**مالكم لا تنتهبون**»؟ قالوا: يا رسول الله ألم تنهنا عن النهب؟ فقال: «**نهيتكم عن نهبة الفساد**»[٤].

قلنا: هذا يدل على الجواز، وعندنا أنه يجوز.

قالوا: هذا بمنزلة الطعام يقدم إليه.

قلنا: ذاك يوجد بإذن ووقار، وهذا يؤخذ بسخف ودناءة، فهو كنهب الطعام.

مسألة: يجوز للحاكم أن يبعث حكمين ليفرقا عند الشقاق من غير رضاء الزوج في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: قوله تعالى: ﴿**ابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا**﴾ (النساء: من الآية٣٥)،

---

(١) الإفصاح (٢/١١٥)، ووافق الشافعية مالك انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/١١٥)، روضة الطالبين (٧/٣٢٢).

(٢) الإفصاح (٢/١١٥)، ووافق الأحناف أحمد (في رواية) وانظر: الكافي لابن قدامة (٣/٨١).

(٣) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٤/٢٩٤) ح (٢٩١٧)، والحاكم في مستدركه (٤/٢٤٦) ح (٧٥٢٢)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. والبيهقي في الكبرى (٥/٢٣٧) ح (٩٩٩٤)، وأبو داود (٢/١٤٨) ح (١٧٦٥)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٣٥٠).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٢٨٨) ح (١٤٤٦١)، والطبراني في مسند الشاميين (١/٢٣٤) ح (٤١٦)، والكبير (٢٠/٩٧) ح (١٩١)، وأبو نعيم في الحلية (٥/٢١٥).

ولم يعتبر الرضاء، ولأنه سماهما حكمين، ولأنه تعذر إمضاء العقد، واشتبه الظالم منهما، فلم يقف التفريق على رضاهما، كالمتداعيين والمتبايعين إذا اختلفا في اليمين.

فإن احتجوا: بأن عليًّا قال للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله فيما عليّ، ولي، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال عليّ عليه السلام: «**لا حتى تقرّ كما أقرّت**»[١] فطلب رضاه.

قلنا: هذا حجة لنا، لأنه فوض إلى رأيها وإنما أنكر على الزوج إنكاره على المرأة في الرضا بكتاب الله، فأمره أن يقر بذلك كما أقرت، ولأن عثمان بعث ابن عباس ومعاوية حكمين بين عقيل وامرأته، فقال ابن عباس: لأفرق بينهما.

وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف[٢]. فدل على أن ذلك لهما.

قالوا: البضع له، فلا يجوز إسقاط حقه منه من غير رضاه كحال النشوز.

قلنا: إذا منع الحق جعل ذلك رضاً وأذناً بالتفريق، كما نقول في الإيلاء، والتعنين، وفي النشوز عرف الظالم منهما فرد عن الظالم، كما لو عرف قدر الثمن وامتنع من أدائه، وهاهنا اشتبه الحال، فهو كما لو تخالفا في الثمن.

كتاب الخلع

مسألة: الخلع فسخ في أحد القولين [٣].

وقال أبو حنيفة: هو طلاق [٤].

لنا: أنه فرقة عريت عن صريح لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخاً كالردة، وشراء الزوج، ولأن الفسخ أحدُ نوعي الفرقة فجاز بعوضٍ وغير عوضٍ كالطلاق، ولأن النكاح عقدٌ يقبل الفسخ بغير التراضي كالبيع والإجارة.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥١٢/٦) ح (١١٨٨٣).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٠٦/٧) ح (١٤٥٦٣)، والإمام الشافعي في مسنده (٢٦٢/١)، وعبد الرزاق في مصنفه (٥١٣/٦) ح (١١٨٨٧).

(٣) الإفصاح (١١٧/٢)، وانظر: روضة الطالبين (٣٧٤/٧).

(٤) الإفصاح (١١٧/٢)، ووافق الأحناف مالك وأحمد، انظر: الهداية (٢٩٢/٣)، الكافي لابن عبد البر ٥٩٣/٠٢)، الكافي لابن قدامة (٩٨/٣).

قالوا: فرقة متعلقة بسبب من جهة الزوج تختص النكاح، فكانت طلاقاً كقوله: أنت طالق على ألف.

قلنا: مالا يختص سببه النكاح أيضاً طلاق، وهو فرقة الإيلاء والجب عندهم، فلم يؤثر الوصف، ولأنه إن كان مالا يختص النكاح ليس بطلاق فما لا يوقعه على وجه الطلاق أيضاً ليس بطلاق، والخلع لم يقع على وجه الطلاق فلم يكن طلاقاً، بخلاف الطلاق على ألفٍ.

قالوا: لو كان فسخاً لم يصر بالنية طلاقاً كسائر الفسوخ.

قلنا: يبطل بلفظ الاختيار، فإنه فسخ في الأمة المعتقة، ثم بالنية يصير طلاقاً، وسائر الفسوخ لا يحتمل معنى الطلاق، وهذا قول يحتمل معنى الطلاق، فصار بالنية طلاقاً بقول المعتقة إذا خيرها الزوج خيرت.

قالوا: لو كان فسخاً لم يجز على بدلٍ كسائر الفسوخ.

قلنا: لا يمتنع أن لا يجوز البعض ويجوز البعض، كما لا يجوز بعض الطلاق بعوضٍ وهو طلاق المولى، والمجنون، ويجوز البعض، ثم سائر الفسوخ إما أن تكون مستحقة بالشرع، أو يكون الفاسخ فيها عاملاً لنفسه فلا يجوز ببدلٍ، وهذا غير مستحق، والزوج يعمله للمرأة، فجاز بعوض.

قالوا: لو كان فسخاً لم يقع إلا باسمٍ في العقد كالإقالة في البيع.

قلنا: يبطل بالفسخ بغير التراضي ويخالف البيع فإنه لا ينقسم إلا بعوضٍ، ولم يقع إلا بما عقد عليه، والنكاح قد يفسخ بغير عوضٍ فجاز بغير ما سمي.

قالوا: الفسخ لا يكون إلا بفعلٍ كالرضاع، أو بقولٍ يستند إلى سببٍ متقدمٍ.

قلنا: هذا في الفسخ بغير التراضي، فأما الفسخ بالتراضي فلا كالبيع، لا يفسخ بغير التراضي إلا بفعلٍ كتلف المبيع، أو قولٍ يستند إلى سببٍ كالردّ بالعيب، ثم بالتراضي يفسخ من غير فعلٍ ولا قول يستند إلى سببٍ متقدمٍ.

قالوا: لو كان ذلك فسخاً لما صح مع الأجنبيّ.

قلنا: صح مع الأجنبيّ، لأنه يزال منه لا إلى مالك.

قالوا: ولأن العوض لا يستحق إلا على ملك، والذي يملكه الزوج هو الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون ذلك عوضاً عن الطلاق.

والدليل على أنه لا يملك الفسخ، أنه لو ملك الفسخ لملكه بلفظه.

قلنا: يملك الفسخ بلفظه مع ذكر البدل، وإنما لا يملك من غير ذكر البدل ويجوز أن

يملك الشيء ولا يملك بلفظه، كما يملك الراهن فسخ الرهن بلفظ العتق ولا يملكه بلفظه.

مسألة: المختلعة لا يلحقها الطلاق [1].

وقال أبو حنيفة: يلحقها بلفظ الطلاق، وبلفظ الاعتداد، والاستبراء، وأنت واحدة[2].

لنا: هو أنه لفظ من ألفاظ الطلاق، فأشبه لفظ البينونة والتحريم.

فإن قيل: لأنها محرمة وبائنة فلم يعمل فيها التحريم والبينونة.

قيل: يبطل به إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت بائن، أو حرام ثم خلعها، فإنها بائن وحرام، ثم يلحقها الطلاق بلفظ التحريم والبينونة، وكذلك المظاهر منها محرمة، ثم يعمل فيها الطلاق بلفظ التحريم، والزاني يستحق حد الزنا ثم يعمل الزنا في إيجاب الحد عليه، ولأنه لا يلحقها الطلاق بعوض، فأشبه المطلقة قبل الدخول، ولا يلزم عتق المكاتب معها لأن عتقه مستحق فلا يجوز بعوض والطلاق الثاني غير مستحق، فلو ملكه لجاز بعوضٍ، ولأنه لا يلحقها مرسل الطلاق، فلا يلحقها معينة كالمنقضية العدة، ولا يلزم المكاتب فقهاً، لأنه يلحقه مرسل العتق في أحد القولين، ثم عتق المكاتب إبراء في الحقيقة، ولهذا يتبعها الكسب والولد.

فإن احتجوا: بما روي أن النبيّ ﷺ قال: «**المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة**»[3].

قلنا: هذا حديثٌ موضوع لا يعرف في أصل.

قالوا: معتدة في طلاق فأشبهت الرجعية.

قلنا: الرجعية زوجته، ولهذا يدخل في مرسل الطلاق ويجوز الاعتياض على بعضها، وإنما حرم وطؤها لتشعب الملك، كالمكاتبة، وهذه أجنبية، ولأن الرجعية ثبت في حقها سائر أحكام الزوجية من الظهار والإيلاء والخلع، وهذا بخلافها.

---

(١) الإفصاح (٢/١١٨)، ووافق الشافعية أحمد انظر: الإشراف (١/١٩٦)، الكافي لابن قدامة (٣/٩٨).

(٢) الإفصاح (٢/١١٨)، وانظر: الإشراف (١/١٩٦).

(٣) قال الشيخ ابن الجوزي بعدما أورده في التحقيق: هذا حديث موضوع لا أصل له. انظر/ التحقيق (٢/٢٩٥).

قالوا: معنى يزيل الملك من غير تمليك، فكان بقاء أحكام الملك كالملك في صحبه كالعتق في الكتاب.

قلنا: لا نسلم بقاء أحكام الملك، فإن أحكام الملك الإيلاءُ والظهارة والإرث، وعدةُ الوفاةِ، فأما النفقة فإنها من حقوق الحمل بحكم القرابة، والسكنى من أحكام العدة، ولهذا تختص ببيت الزوج، ولم يجز العفو عنها، بخلاف سكنى النكاح، والعدة من أحكام الوطء، ولهذا لا تجب قبل الدخول وتجب إذا وطئت من غير نكاح، ثم المكاتب باق على ملكه، قال ﷺ: «**المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**»[١]، وهاهنا قد زال الملك، فهو كالعبد إذا باعه.

مسألة: إذا خالعها بدينارٍ على أن له عليها الرجعة سقط الدينار، وتثبت الرجعة.

وقال أبو حنيفة: يثبت الدينار، وتسقط الرجعة.

لنا: أنه شرط شرطين متضادين فتعارضا، بقي الطلاق واجب للرجعة كبينتين في مدعا تعارضتا، وإذا نسي في يد من هو في يده، أو شرط شرطين أحدهما يعاضده مطلوبان فقدم على الشرط الآخر كما لو تعارضت بينتان ومع أحدهما يد.

قالوا: طلاق يوجب البينونة، فلم يصح معه شرط الرجعة كالثلاث.

قلنا: هناك شرط داخل على أصلٍ لا يمكن إسقاطه فبطل الشرط وصح الأصل، وهاهنا شرطان داخلان على أصلٍ فتعارضا وبقى الأصل، أو ليس مع شرط الرجعة هناك ما يقويه، وهاهنا معه ما يقويه فقدم.

قالوا: شرطٌ فاسدٌ فأشبه إذا خالعَ على خمرٍ.

قلنا: ذلك فات في العوض، فهو كالنكاح على خمرٍ، وهذا شرط في نفس الخلع فهو كنكاح المتعة.

مسألة: إذا قالت طلقني طلقة ولك ألف فطلق لزمها الألف[٢].

وقال أبو حنيفة: لا يلزمها[٣].

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣٢٤) ح (٢١٤٢٧)، وأبو داود (٤/٢٠) ح (٣٩٢٦)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/٣٠٣) ح (١٣٨٦).

(٢) الإفصاح (٢/١١٩)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٣٥٩)، شرح المهذب (١٧/٤٧)، المغني (٨/٢٠٧).

(٣) الإفصاح (٢/١١٩، ١٢٠)، وانظر: المغني (٨/٢٠٧).

لنا: هو أن قوله ولكِ ألفٌ من ألفاظ المعاوضة، ولهذا قال عز وجل: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ (يوسف: من الآية٧٢)، ولهذا لو قال: خط ثوبي ولك درهمٌ، استحقَّه كما يستحق إذا قال: وعليّ درهم.

قالوا: قوله: (ولك درهم) خبرٌ كذبٌ، فصار كما لو قالت: ولك دار أو لزيدٍ ألف.

قلنا: بل عوضٌ، وقوله: ولك دار عوض إلا أنه مجهول، فيرجع إلى بدل المثل، كما لو قال: خط ولك دارٌ، وقوله: (ولزيد ألفٌ) لا يلزم لأنها شرطت البدل لغير العاقد فهو كقوله: خط ثوبي ولزيدٍ درهمٌ.

مسألة: إذا قالت: طلقني ثلاثاً على ألفٍ فطلق واحدة وجب له الثُّلاثُ [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [(٢)].

لنا: أنه أوقع بعضَ ما قالت فاستحق بقسطه، كما لو قالت: طلقني بألفٍ، ولأن كل ما استحق بالباء استحق بعلى، كما لو قال: رُدّ عبدي الآبق بألفٍ.

قالوا: لم يوجد الشرط، فأشبه إذا قال: إن دخلتِ الدار وجلستِ فيها فأنتِ طالق أو قالت: طلّقني فظاهر منها.

قلنا: ذاك صفة، وهذه معاوضة، والظهار لا يقابل بالعوض والطلاق بخلافه، ولأن الظهار ليس ببعض ما بذل العوض في مقابلته، والطلقة بعض ما بذل العوض في مقابلته.

مسألة: إذا قالت: طلقني طلقة بألفٍ فطلقها ثلاثاً استحق الألفَ[(٣)].

وقال أبو حنيفة: لا يستحق[(٤)].

لنا: أنه فعل ما طلبت وزيادة، فأشبه إذا طلقها وضُرَّتَها.

قالوا: طلبت فرقة مخففة فلم تستحق العوض بالمغلظة، كما لو قالت: طلقني بعد سنة فطلق في الحال.

قلنا: لأن هناك لم يفعل المطلوب، وهاهنا فعل المطلوب وزيادة.

مسألة: إذا خالعها أو بارأها على دينارٍ لم يسقط ما لهما من الحقوق.

---

(١) الإفصاح (١١٩/٢)، انظر: شرح المهذب (١٧/٤٦).

(٢) الإفصاح (١١٩/٢)، وانظر: الهداية: (٢٩٤/٣).

(٣) الإفصاح (١١٩/٢)،ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٣٥٩)، شرح المهذب (١٧/٤٧)، المغني (٢٠٧/٨).

(٤) الإفصاح (١١٩/٢)، وانظر: المغني (٢٠٧/٨).

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: هو أنه طلاق على مسمًّى فلم يسقط به مالهما، كما لو كان بلفظ الطلاق، ولأنه حق لها لم يذكر في الخلع فلم يسقط به كالإيمان والأجر، ولأن نصف المهر للزوج لم يجب بعد فلم يسقط بالمبارأة كنفقة عدتها.

قالوا: الخلع والمبارأة تقتضي البراءة من كل حق، ولهذا قال رسول الله ﷺ: «**من فارق الجماعة قيد شبرٍ فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه**»[1].

قلنا: لا نسلم بل يقتضي إيقاع الطلاق، ولأنه لو صح هذا لوجب أن يتبارآ من الأيمان، والأجر، وبقية العدة.

مسألة: إذا خالعها على نفقة العدة لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه إبراءٌ مما لم يجب، فأشبه الإبراء عنها في غير خلع، والإبراء من قيمة عبدها إذا قتله.

قالوا: الخلع يقع على مثل نفقتها، ثم يجب لها مثل ماله فيتقاصّان.

قلنا: الخلع وقع على نفقة العدة لا على مثل نفقة العدة، ثم لو صح هذا لوجب إذا خالعها على قيمة عبدها أن يجعل على قدر قيمته ثم يتقاصّان.

مسألة: إذا خالعها على خمرٍ وخنزيرٍ وجب له مهر المثل.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: أنه عقد على منفعة البضع فأشبه النكاح، ولأنه خلع على عوضٍ فاسدٍ فأوجب الرجوع عليها بالمهر كما لو خالعها على ما في الجرة من الخل فخرج منها خمراً، ولأنه عقد على عوضٍ لو كان صحيحاً وجب، فإذا كان فاسداً وتعذر الرجوع إلى المعوض وجب الرجوع إلى بدله، كما لو باع شيئاً بخمرٍ وخنزير وهلك المشترى.

قالوا: رضيَ في طلاقها بغيرِ مالٍ، فأشبه إذا قال أنت طالق.

قلنا: هناك رضيَ من غير بدلٍ فهو كما لو وهب له أو أعتق عبده، وهاهنا لم يرضَ إلا ببدلٍ، فهو كما لو باع بخمرٍ، أو كانت على خمرٍ.

قالوا: البضع لا قيمة له في الخلع، بدليل: أنه لا يعتبر من الثلث، ولا يجوز للأب أن

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (١/ ١٥٠) ح (٢٥٩)، وأبو داود (٤/ ٢٤١) ح (٤٧٥٨)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٣٢٦) ح (٧٣٥٧)، والإمام أحمد في مسنده (٤/ ١٣٠).

يبذل في مالها شيئاً في مقابلته فلا يضمن.

قلنا: ماله قيمة عند الدخول في الملك فله قيمة عند الخروج كالصيد، لأنه لو لم يكن له قيمة لما صحَّ فيه بذل العوض، وإنما لم يعتبر من الثلث لأنه لا ينتقل إلى الورثة كأم الولد، وإنما لم يبذل فيه من مالها شيئاً لأنه لا حظ لها في ذلك، لأنه سقط حقها من المهر، والنفقة، والاستمتاع.

مسألة: إذا خالعها على حمل الجارية لم يصح العوض.

وقال أبو حنيفة: يصح، فإن كان في بطنها ولدٌ فهو له، وإلا فلاشيء له.

لنا: هو أنه معاوضةٌ، فأشبه البيع، والإجارة.

قالوا: يصح تعليقه على الأخطار فجاز على الحمل كالوصية.

قلنا: تلك تجوز على ما لم يحمل الشجر، وتلد الشاة، والخلع لا يجوز.

مسألة: إذا خالعها على ما في البيت من المتاع وجب مهر المثل.

وقال أبو حنيفة: إن وجد شيئاً فهو له وإن لم يجد ردت المسمى في النكاح.

لنا: هو أنه عقد على منفعة البضع، فأشبه النكاح.

قالوا: وجب عليها المهر فردت المسمّى، كما لو ارتدت.

قلنا: هناك أتلفت البضع قبل التسليم فرد العوض كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض، وهاهنا عقدت بعوض فإذا لم تسلم وتعذر ردّ المعوض وجب ردّ العوض كالمبيع إذا تلف في يد المشترى، والشراء بلا عقد.

مسألة: إذا خالعها في مرضها على مهر المثل اعتبر من رأس المال.

وقال أبو حنيفة: يعتبر من الثلث.

لنا: هو أنه عقد على منفعة البضع فاعتبر مهر المثل فيه من رأس المال كالنكاح.

قالوا: البضع لا قيمة له فيصير المبذول كالتبرع.

قلنا: قد بينا أن له قيمة.

كتاب الطلاق

مسألة: لا يصح عقد الطلاق والعتاق قبل الملك [1].

---

(١) الإفصاح (٢/١٢١)، ووافق الشافعية أحمد انظر: مغني المحتاج (٣/٢٩٢)، الكافي لابن قدامة (٣/ ١٣٨)، المغني (١١/٢٣٢).

وقال أبو حنيفة: يصح [١].

لنا: قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ (الأحزاب: من الآية٤٩)، فشرط النكاح في إيقاع الطلاق وروى عليٌّ أن النبيّ ﷺ قال: «**لا طلاق قبل النكاح**» [٢].

فإن قيل: الطلاق هو الوقوع، وهذا حلف بالطلاق ولهذا لو حلف لا يطلق ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يحنث.

قيل: الطلاق يتناول الوقوع والإيقاع باليمين، ولهذا يجوز أن يفسر بهما بأن يقول: لا طلاق وقوعاً ولا إيقاعاً، ولأن الوقوع يعلم كل أحد أنه لا يكون قبل النكاح، ولأنه روي أن النبيّ ﷺ سئل عن رجل قال: يوم أتزوجُ فلانةً فهي طالق، فقال: «**طلق مالا يملك**» [٣].

وإنما لم يحنث فيما قالوا لأن اليمين يحمل على العرف، ولهذا لو حلف على الرؤوس لم يحنث برؤوس العصافير، ولهذا لا يجب بمجرد الوقوع وهو إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لعبده: إن طلقتُ امرأتي فأنت حرٌّ، وإن كان ذلك طلاقاً، ولأنه لا يملك تنجيز الطلاق فلم يملك تعليقه بشرط كالصبيّ.

فإن قيل: الزوج لا يملك تنجيز طلاق السنة في حال الحيض ويملك عقده بصفةٍ قبل ولاية عقد طلاق سبق النكاح فلم يصح كما لو يضف إلى الملك.

قالوا: مكلف أضاف الطلاق إلى حالٍ يملك إيقاعه، فأشبه الزوج إذا قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق.

قلنا: الزوج مالك للطلاق فملك تعليقه على الشرط، كمن ملك سلعةً ملك بيعها بشرط، وهذا غير مالك للطلاق فلم يملك تعليقه بشرط كمن لم يملك سلعة لم يملك بيعها بشرط.

قالوا: يصح تعليقه على الشروط فجاز عقده قبل الملك كالنذر والوصية.

---

(١) الإفصاح (١٢١/٢)، وانظر: الفتاوي الهندية (٣٤٨/١).

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢٢٢/٢) ح (٢٨٢٠)، والبيهقي في الكبرى (٣١٩/٧) ح (١٤٦٥٣)، وابن ماجة (٦٦٠/١) ح (٢٠٤٩).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٦/٤) برقم (٤٧)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٩٠/٢) ح (١٧٠٠).

قلنا: نقلب فنقول فاستوى فيه المعلق والمضاف إلى الملك كالنذر والوصية، ثم النذر التزام في الذمة ولهذا يفتقر بعد الملك إلى تنفيذ، وكذلك الوصية ليست تنفيذ، ولهذا يفتقر تنفيذها إلى تعيين الورثة، وهذا تنفيذٌ، وحكمُ الأمرين يختلف، ولهذا يصح السلم إليه فيما لا يملك، ولا يصح بيع مالا يملك، ويصح نذر الصوم في حال الحيض، ولا يصح عقد.

قالوا: لو قال لأمته إذا ولدت ولداً فهو حرٌّ صحَّ وهو غير موجودٌ، ولا مملوك، فلأن يصح هذا وهو موجودٌ أولى.

قلنا: لا يصح العتقُ في أحدِ الوجهين، وإن سُلِّم فلأن ذاك مالكٌ للأصل فملك التصرف مما يتولد منه، وهذا غير مالك له، ولا لأصله، فلم يملك التصرف فيه بينه أن هناك يصح وإن لم يضف إلى الملك، وهاهنا لو لم يضف إلى الملك لم يصح.

مسألة: إذا قال لامرأته: كلما دخلتِ الدار فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: تعود اليمين (١).

والثاني: لا تعود.

والثالث: تعود قبل الثلاث ولا تعود بعده، وهو قول أبي حنيفة (٢).

لنا: هو أنه عقد يمين سبق هذا النكاح، فأشبه إذا قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها، ولأنه تخلل بين اليمين والحنث زمانٌ لا يمكنه الطلاق، فأشبه إذا طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه، ولأنه عقد جعل لإزالة الملك، فلم يؤذن بزوال الملك، كما لو وكله في بيع ماله ثم باعه ثم عاد إليه واشتراه.

قالوا: لم يشرط الملك في اليمين، فلا يجوز أن يزاد فيه.

قلنا: يبطل به إذا عادت إليه بعد الثلاث وبه إذا وكله في بيع عبده ثم باعه وعاد واشتراه.

قالوا: ولأنه لو عقد اليمين ثم جُنَّ لم يبطل اليمين وإن لم يجز ابتداء الطلاق فيه، فكذلك إذا أبان.

قلنا: الجنون لا يمنع وقوع ما عقده في حال الإفاقة، والبينونة تمنع وقوع ما عقده في النكاح الثاني كالأول في عدد الطلاق، فكذلك في الحنث.

قالوا: لو كان الحنثُ معتبراً بالعدد لوجب إذا بانت منه ثم عادت بعد زوجٍ وإصابة

---

(١) الإفصاح (٢/١٢٠)، وانظر: شرح المهذب (١٧/٢٤٢).

(٢) الإفصاح (٢/١٢٠)، ووافق الأحناف مالك انظر: شرح النقاية (١/٦٣٢)، المغني (٨/٢٣١).

أن لا يعود الحنث، لأنه ليس كالأول في العدد عندهم، ولأنه إن كان كالأول في العدد فليس في المهر والعدة، فلا يكون كالأول في الحديث.

مسألة: جمع الطلاق الثلاث في قرء غير محرم.

وقال أبو حنيفة: هو محرم.

لنا: ما روى أن عويمر العجلاني قال بعد اللعان: كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق.

قلنا: ولو كان الجمع محرماً لبين له حتى لا يعتقد جوازه.

فإن قيل: فقد اعتقد أن طلاقه يقع ثم لم يبين له.

قيل: قد بين بقوله: لا سبيل لك عليها وأراد باللعان لأن كل أحدٍ يعلم أن الطلاق الثلاث يقطع السبيل، ولأنه طلاقٌ في طهرٍ لم يجامع فيه، فلم يحرم كالطلقة، ولأنه إزالة ملك فجاز مجتمعاً ومفترقاً كعتق العبيد، ولأن ما يملكه الزوج يملك جمع عددٍ منه في طهرٍ واحدٍ كالوطء.

فإن احتجوا: بقوله جلّ وعزّ ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩).

قلنا: المراد بالآية: الطلاق اثنان، لأن المرات إذا قرنت بالاسم اقتضت بيان العدد، كما قال تعالى: ﴿**نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ**﴾ (الأحزاب: من الآية٣١)، ولهذا قالوا: أين الثالثة؟ فقال: ﴿**أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩) ولأن حمله على ذلك لا يغير صيغة الخبر، وحمله على التفريق يغير صيغته إلى صيغة الأمر.

ولأن ابن عباس قال: كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً كان أحقَّ برجعتها، فنسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩) فدل على أنه لبيان العدد.

احتجوا: بما روي أنّ ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فقال له النبيّ ﷺ «**ما هكذا أمركِ ربك أخطأت السنة، إنما السنة أن تستقبل بها الطهر ثم تطلقها في كل قرء طلقة**»، فقال ابن عمر: أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان لي أن أراجعها؟ فقال: «**إذاً عصيت ربك، وبانت منك امرأتك**»[1]، فأخبر أنه أخطأ السنة، ثم جعله عاصياً بالثلاث، ولم يردِ بالثلاث في حال الحيض، لأنه قد عرفه أن طلاقه محرم في حال الحيض، فلا يجوز أن

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٣/٤٠٢) ح (٥٧٥٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/٣٣٠) ح (١٤٧١٦)، والدارقطني في سننه (٤/٣١) برقم (٨٤).

يسأل عن الملك في الحيض.

قلنا: لا حجة في الأول لأنه أخبر أن تفريقها سنة ونحن نقول إنه سنة. وأما الثاني: فإنه إنما سأل عن الثلاث في الحيض لأنه طلق امرأته وهي حائض فلما أنكر عليه قال: أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ فرجع ذلك إلى ما تقدم، وإنما سأل ليعرف حكم البينونة وقطع الرجعة لا حكم المعصية، ولهذا قال: أكان لي أن أراجعها.

قالوا: ترك موجب لتحريم الزوجية بنفسه من غير حاجة فلم يحل كالظهار.

قلنا: يبطل بالطلقة قبل الدخول، والظهار قول منكر وزورٌ، وهذا إزالة ملك فهو كالعتق.

قالوا: طلاق يوجب الندم فهو كالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه.

قلنا: يبطل بالطلقة قبل الدخول، والطلقة الثالثة والطلقة بعوضٍ، ولأنه تحرم الطلقتان عندهم وإن لم توجب الندم فلم يؤثر.

والمعنى في الأصل: أنه يدخل عليها الضرر فإنها لا تعرف ما تعتد به، ولهذا يحرم الطلاق في الحيض لما فيه من الإضرار بها بتطويل العدة، وإن لم يوجب الندم، وهاهنا يدخل الضرر على نفسه بالندم، وقد حل فيه على بصيرة.

قالوا: الطلاق حكمٌ من أحكام النكاح حرمه الحيض فمنع الطلاق كالوطء.

قلنا: فلا يحرم جنسه كالوطء.

قالوا: معدود شرع للفرقة، فلا يجوز جميعه كاللعان ورمي الجمار.

قلنا: ذاك لا يصح جمعه، وهاهنا يصح جمعه كعتق العبد.

مسألة: صريح الطلاق ثلاثة: الطلاق، والفراق، والسراح.

وقال أبو حنيفة: الفراق والسراح كناية.

لنا: هو أنه لفظٌ ورد به القرآن، والمقصود به الفرقة بين الزوجين فأشبه لفظ الطلاق، ولا يلزم لفظ الاقتداء لأن ذاك قصد به جواز أخذ البدل، ولأنه إزالة ملك بنيَ على التغليب فلم يقف صريحه على لفظه كالعتق، ولأنه لملك لا يتحد صريح عقده، فلم يتحد صريح حله كملك اليمين، ولأنه إذا لم يتحد صريح العقد وهو أضيق فصريح حلّه وهو أوسع وإلى الثبوت أسرع أولى وأحق.

قالوا: لفظ لا يتعارف في الطلاق، فأشبه لفظ البينونة.

قلنا: قوله: طلقتك، وحررتك في العتق لا يتعارف وهو صريحٌ، وقوله: أنت حرام، وخليتك متعارف وليس هو بصريح، ولأنه وإن لم يتعارف في اللغة إلا أنه متعارف في

الشرع.

والدليل عليه: أنه لم يرد به القرآن إلا والمراد به الطلاق، وسئل النبيّ ﷺ عن قوله: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩). فقيل: أين الثالثة؟ فقال: ﴿**أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩)، وعن ابن عباس أنه كان يقرأ: ﴿**وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٧)، وإذا ثبت الصريح بعرف اللغة فبعرف الشرع أولى، ولفظ البينونة لم يثبت له واحدٌ من العرفين.

قالوا: يستعمل في غير النكاح كما يستعمل في النكاح، يقال: سرحت الصبيان، وسرحت المرأة، وفارقت بلدي، وفارقت المرأة، فصار كلفظ البينونة.

قلنا: يبطل بالرأس فإنه يستعمل في العضو ويستعمل في الجملة، واستعماله في العضو أكثر، ثم هو صريح عندهم في طلاق الجملة، ولفظ الإيلاء يحتمل الطلاق وغيره ثم يقع به الطلاق عندهم، ولأنه وإن استعمل فيهما إلا أن عرف الشرع اقترن به في أحدهما فقدم.

مسألة: لا يقع الطلاق بالكنايات من غير نية [(١)].

وقال أبو حنيفة: يقع بها في حال مذاكرة الطلاق من غير نية، وفي حال الغضب يقع بقوله: اعتدى واختاري، وأمرك بيدك من غير نية [(٢)].

لنا: هو أنه كنايةٌ عزبت عن النية فأشبه إذا لم يكن في هذه الحال، ولأن مالا يقع به الطلاق في حال الرضا من غير نية لم يقع في حال الغضب كقوله: أنت خلية، وبرية.

قالوا: إذا قالت طلقني فقال: أنت بائن فالظاهر أنه أخذ بها إلى ما سألت، فأشبه إذا قال لغيره امرأتك طالق فقال: نعم.

قلنا: بل يحتمل أن يكون كلاماً مبتدأً، وأراد أنت بائن من القلب أو من الخير، ثم يبطل به إذا سألت الثلاث فقال: أنت بائن، فإنه لا يجعل إجابة إلى ما سألت، ولا يسلم في أحد المذهبين، وإن سلم فلأن يقم لا يصلح أن يبتدأ به فجعل جواباً، وهذا يبتدأ به فرجع إلى نيته.

قالوا: شاهد الحال يصرف الكمال إلى أحد احتماليه.

قلنا: ما اعتبر فيه النية لم يقم شاهد الحال فيه مقام النية كالتلبية مع النحر، والتكبير

---

(١) الإفصاح (٢/١٢٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٥٧٤)، روضة الطالبين (٨/٢٤)، المغني (٨/٢٦٣).

(٢) الإفصاح (٢/١٢٢)، وانظر الهداية (١/٢٦٣).

مع التوجه، ولأنه لو صلح ما قالوا لوجب إذا قال في الفرح بها أنت طالق وادعى أنه سبق لسانه أن يقبل، ولوجب إذا شاتمه رجل فقال يا ابن العفيفة أن يجعل ذلك فراقاً.

قالوا: حال الغضب لا يحتمل إلا الشتم، أو الطلاق، واللفظ لا يصلح للشتم فجعل طلاقاً.

قلنا: بل يصلح للشتم، وهو أن يريد اعتدي من الحرام وأنت واحدة في سوء الخلق وسوء الأدب.

مسألة: لا تنقطع الرجعة بالشرط ولا بالكنايات.

وقال أبو حنيفة: ينقطع بالصريح مع الشرط، وبسائر الكنايات إلا قوله اعتدي، واستبرئي رحمك وأنت واحدة.

لنا: قوله تعالي: ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩) فأثبت الرجعة مع الطلقتين ولم يفرق.

ورُويَ أن ركانة طلق امرأته ألبتة فردّها عليه النبيّ ﷺ.

فإن قيل: لعلّ ردّ بعقدٍ.

قيل: الرد صريح في الرجعة، ولهذا قال: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**﴾ (البقرة: من الآية ٢٢٨)، ولأن العقد يحتاج إلى شروط لم تنقل، ولأنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوضٍ، ولا استيفاء عدد، فأشبه الصريح، ولأنه إذا لم يقطع الصريح وهو أقوى فالكناية أولى، ولأنه كناية فكان كالصريح في الرجعة كقوله اعتدي، ولأنه يلحقها الطلاق فأشبه الطلاق بالصريح، ولأنه رجوع يثبت بمطلق القول فلا يسقط بشرطه كالرجوع في الهبة.

قالوا: لو وقع الطلاق بلفظ يقتضي البينونة فوقع على الوجه الذي يقتضيه لفظ كالثلاث.

قلنا: يبطل بقوله أنت طالق، فإنه يقتضي البينونة والتخلية من النكاح، ولهذا تبين به قبل الدخول إذا انقضت، ثم لا يقع على ذلك الوجه، والثلاث صريح في استيفاء العدد، هذا كناية عن الطلاق فلم يرد على صريحه.

قالوا: الرجعة حق له يملك إسقاطه بعوضٍ فملك بغير عوضٍ كون العبد، ودَمِ العمدِ.

قلنا: الرجوع في الهبة يملك إسقاطه بعوض ولا يملك بغير عوضٍ، ويملك إيقاع البينونة بلفظ الطلاق بعوضٍ ولا يملك بغير عوضٍ.

قالوا: البينونة في لفظ، فإن أعملتم اللفظ وجب أن ترفعوا البينونة وإن لم تعملوا

وجب أن لا يقع شيء.

قلنا: يبطل بلفظ الطلاق، ويبطل بقوله اعتدي، واستبرئي لغير المدخول بها، فإنه لا يوجب ما في لفظه، ثم يقع به الطلاق.

مسألة: إذا قال: أنا منك طالق، وقال: طلقي نفسك فطلقت زوجها ونوت وقع.

وقال أبو حنيفة: لا يقع.

لنا: هو أنه أحد الزوجين فصح إضافة الطلاق إليه بلفظه كالمرأة، ولأن من صح إضافة الطلاق إليه بلفظ البينونة صح بلفظ الطلاق كالمرأة.

قالوا: الطلاق هو التخلية من الحبس، ولا حبس في حقه، فأشبه الأجنبي.

قلنا: لا نسلم بل في حقه حبسٍ عن نكاح أختها وأربع سواها، والأجنبي لا شركة له في العقد ولا حبس، فلم يكن محلاً للطلاق، ولأن الطلاق بلفظ البينونة يلحقه وإن كان يتضمن الإطلاق من الحبس بخلاف الأجنبيّ.

قالوا: لفظ من ألفاظ الطلاق لا يتصف به الرجل، فأشبه لفظ الاعتداد والاستبراء.

قلنا: لفظ البينونة أيضاً لا يتصف في العادة ثم يضاف إليه، ولأنه وإن لم يتصف بلفظه إلا أنه يتصف بمعناه وهو التخلية في العقد، ورفع الحبس.

والمعنى يكفي مع النية، كقوله: حبلك على غاربك لا تتصف به المرأة ثم يقع به مع النية، وفي الأصل وجهان، وإن سلم فلأن معناه لا يوجد في حقه بخلاف الطلاق.

قالوا: لفظ وضع لقطع الملك فلا يضاف إلى المالك كالعتق والإقالة.

قلنا: لا نسلم العتق في قول ابن أبي هريرة، ثم العتق لإزالة الملك، ولا رق في السيد، والطلاق لإزالة النكاح، والنكاح موجودٌ في حقه، ولهذا يقال له الزوج، كما يقال لها، والمالك في الإقالة غير معقود عليه، والزوج هاهنا معقود عليه، ولهذا يجب تعيينه في العقد، ويرتفع النكاح بموته.

قالوا: لو صح إضافته إليه ولم يفتقر إلى نية لأنه صريح.

قلنا: هو صريح في جانب المرأة وكناية في جانب الرجل، كالعتق صريح في الأمة كناية في الزوجة، ولأن في جانب المرأة متعارف، وفي جانبه غير متعارف فافتقر إلى النية.

مسألة: إذا قال: أنت طالق، أو طلقتك ونوى الثلاث وقع.

وقال أبو حنيفة: لا يقع.

لنا: هو أنه لفظ لو قرن به ذكر الثلاث وقع، فإذا نوى به الثلاث وقع كقوله، أنت بائن، ولا يلزم إذا قال: أنتِ، فإنه لا يقع به إذا قرن به ذكر الثلاث.

فإن قيل: قوله: أنت بائن يتضمن البينونة، وتحريم النكاح إحدى البينونتين فوقعت قبل البينونة هو تحريمها حتى تنكح زوجاً غيره، وذلك لا يصح إيقاعها، ولأن ذلك موجب الطلاق الثلاث، فلا يجوز أن يقع الموجب قبل وقوع موجبه، بل يجب أن يقع الثلاث ثم يقع موجبه، ولأن اسم الفاعل مضمر بالمصدر فإذا وقع الثلاث به مع المصدر وجب أن يقع به من غير مصدرٍ، ولأنه إذا وقع بقوله: أنت طالق وهو كناية فلأن يقع بقوله أنتِ طالق وهو صريح أولى، ولأن النية أقوى من الإشارة، ولو قال: أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث وقع، فلأَنْ يقع به مع النية أولى، ولأن قوله أنت طالق يحتمل العذر، بدليل أنه يجوز أن يفسره به فيقول: أنت طالق طلقتين، وثلاثاً، ولو لم يحتمل لم يجز أن يفسر به، وما احتمله اللفظ جاز أن يقع به كقوله: طلقي نفسك.

فإن قيل: الثلاث ليس بتفسيرٍ للطلاق، بل لفظ من ألفاظ الطلاق، وإنما الطلاق تفسير له، ولهذا لو قال: أنت الثلاث، ونوى به الطلاق وقع.

قيل: إذا وقع بالثلاث كان الإبهام في الجنس فكان الطلاق تفسيراً له، يؤكده أن الثلاث هاهنا منصوب، وما انتصب إلا بالتفسير ونزع الخافض.

فإن قيل: الثلاث تفسير لمصدرٍ محذوفٍ فكأنه قال: أنت طالق طلاقاً.

قلنا: قبل النية أحد التفسيرين فإذا جاز أن يجعل الثلاث تفسيراً لمصدرٍ محذوفٍ جاز أن تجعل النية تفسيراً لمصدرٍ محذوفٍ.

قالوا: قوله أنت طالق لا يحتمل العدد ولا البينونة فلم يقع به الثلاث كقوله أنت واحدة.

والدليل على الوصف: أنه نعت فلم يحتمل العدد، كقوله: أنت حائض، وقائم.

قلنا: لا نسلم أنه نعت بل هو ارتفاع، إذْ لو كان نعتاً لاقتضى تقدم الطلاق حتى يتصف به، كما يقتضي قوله حائض تقدم حيض يتصف به، ولاحتمل الصدق والكذب، كما يحتمل قوله حائض، فثبت أنه إيقاع، فصار كقوله بعت في إيقاع، وإن كان بلفظ الخبر، وإيقاع الثلاث جائز في وقت واحدٍ، ولا يجوز أن تكون حائضاً حيضتين في وقت واحدٍ، ولهذا لو صرح بذلك في الحيض لم يجز، ولو صرح به في الطلاق جاز، فهو كقوله عالم علمين وثلاثة، وأما قوله أنت واحدة ففيه وجهان، وإن سلم فلأنه لا يحتمل ما زاد على الواحد، فصار كما لو قال في الإقرار له عليّ ثوب، وهذا محتمل للزيادة، فصار كقوله عليّ ثياب.

قالوا: اللفظ صريح، فلو عملت النية فيه لصار كناية.

قلنا: هو صريح في الجنس متهم في القدر كقوله له عليّ ثياب.

مسألة: إذا قال أنت بائن ونوى طلقتين وقع.

وقال أبو حنيفة: لا يقع.

لنا: هو أنه عدد، لو قرنه باللفظ وقع، فإذا نواه وقع كالثلاث.

قالوا: لا يحتمل الطلقتين، فصار كقوله أنت واحدة.

قلنا: قد بينا، أنه يحتمل ولهذا يجوز أن يفسره به.

مسألة: إذا قال: أنت طالق واحدة في اثنتين وقصد الحساب وقعت طلقتان.

وقال أبو حنيفة: تقع طلقة.

لنا: هو أن هذا اللفظ عند أهل العلم بالحساب موضوع لتضعيف العدد فوجب حمله على ما وضع له، ولأنه جنس يجوز أن ينقص بالاستثناء، فجاز أن يتضاعف بالضرب، كالدراهم في الإقرار.

قالوا: المضروب فيه طرف، فصار كما لو قال أنت طالق واحدة في دار.

قلنا: ذاك لم يجعل عبارة عن العدد، وهذا بخلافه.

قالوا: الضرب إنما يقتضي التضعيف فيما له مساحة فإذا ضرب بعضه في بعضٍ اجتمع فيه عقود، والطلاق لا مساحة فيه.

قلنا: وإن كان أصل التضعيف بالضرب ما ذكرتم إلا أنه صار في عرف أهل الحساب عبارة عن العدد، فوجب حمله عليه.

مسألة: إذا قال للمدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، ولم ينو طلقت واحدة في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: طلقت ثلاثاً.

لنا: هو أنه يحتمل التأكيد والاستئناف فلا يقع بالشك.

قالوا: الظاهر أنه طلاق، فلم يحمل على غيره، كقوله أنت طالق لا يحمل على دفع الوثاق.

قلنا: بل الظاهر أنه تأكيد، لأنه لم يعطف فصار كما لو قال: أنت طالق من وثاق.

مسألة: إذا قال لامرأته: طلقي نفسك واحدة، فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة.

وقال أبو حنيفة: لا يقع.

لنا: هو أنها طلقت المأذون وغير المأذون، كما لو قال: طلقي نفسك فقالت: أنا وضرائري طوالق، ولأن الواحد داخل في الثلاث فوقع كما لو قال: طلقي نفسك ثلاثاً

فطلقت واحدة.

قالوا: وقعت على غير الوجه المأذون فيه، فأشبه إذا قال طلقي نفسك فقالت: أنا طالق إذا دخلت الدار.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه، ويخالف الشرط، فإن هناك الوقوع يقف على الشرط، وهاهنا وقوع الطلقة لا يقف على الثانية والثالثة.

قالوا: خالف الأمر على وجه تصرفه فأشبه إذا قال: بع هذا بألفٍ فباع بخمسمائة.

قلنا: المأمور هناك غير داخل في المفعول، وهاهنا المأمور داخل في المفعول، فهو كما لو قال: بِعْ بألفٍ فباع بألفين.

مسألة: إذا قال لها اختاري فاختارت نفسها لم تطلق حتى ينويا.

وقال أبو حنيفة: لا يحتاج إلى نيتها.

لنا: أنه أحد الزوجين فأشبه الزوج، ولأن قوله اخترت يحتمل الطلاق وغيره، فلم يقع به الطلاق من غير نية كقوله اختاري.

قالوا: علّق الطلاق على معنى من جهتها فلم تعتبر نيتها، كما لو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق.

قلنا: هناك علّق الطلاق على صفة وقد وجدت، وهاهنا علق على اختيار الطلاق، وذلك لا يعلم إلا بالنية.

قالوا: قولها اخترت جوابٌ إلى ما مضى من الإيجاب كقوله قبلت في البيع.

قلنا: الإيجاب هناك صريح، وهاهنا نية وضمير، فلم يرجع الجواب إليه.

مسألة: إذا قال اختاري نفسك أو أمرك بيدك أو طلقي نفسك إن شئت ثم رجع قبل القبول جاز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: هو أنه تمليك يفتقر إلى القبول، فصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع، ولأنه أحد الزوجين فملك إبطال الإيجاب قبل القبول كالمرأة، ولأنه جعل الطلاق إلى غيره فملك الرجوع فيه قبل الإيقاع كما لو جعله إلى أجنبيّ.

قالوا: تعليق طلاق بمعنى من جهتها، فأشبه إذا قال: إن دخلتِ الدار فأنت طالق.

قلنا: بل هو تمليك طلاق، ولهذا يسمى خيار الملكة.

ويدل عليه: لفظ الإيجاب ويختص بالمجلس، ويبطل بردها بخلاف ما قاسوا عليه، ولأن ذاك لو علقه على فعل غيرها لم يملك الرجوع، ولو فوض الطلاق إلى أجنبي ملك

الرجوع.

مسألة: إذا قال اختاري نفسك فلم تختر على الفور بطل في قول أبي إسحق.

وقال أبو العباس بن القاص: لا يبطل ما دام في المجلس، وهو قول أبي حنيفة.

لنا: هو أنه تأخر القبول قبيل حال الإمكان فأشبه إذا تأخر عن المجلس.

قالوا: روي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن مسعود، وجابر.

قلنا: القياس مقدم على قولهم ما لم يَصِرْ إجماعاً.

قالوا: اختارت نفسها في المجلس فأشبه إذا اختارت في الحال.

قلنا: إذا سقط الخيار بالقيام من المجلس بطل بالسكوت إذْ لا فرق بين الترك بالقيام، وبين الترك بالسكوت.

والمعنى في الأصل: أنها لم تترك الجواب في الحال، وهذا بخلافه.

مسألة: تطلق إذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق وأمكنه الطلاق فلم يطلق طلقت.

وقال أبو حنيفة: لا تطلق إلا إذا فات الطلاق.

لنا: أن إذا اسم لزمان مستقبل، ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت، وهو إذا قال: متى ألقاك؟ فتقول: إذا شئت، فصار كقوله: متى وأي.

قالوا: يجازى به بدليل قوله:

وإذا تُصِبْكَ خَصَاصةٌ فارْجُ الغنا   وإلى الذي يُعْطِي الرّغائِبَ فارغَبِ

فصار كقوله له: إذا لم أطلقك.

قلنا: هو نادر في المجازاة، ولم يسمع إلا في الشعر، ثُمَّ يبطل بمتى فإنه مجازا به، ولهذا قال الحطيئة:

متى تأتِه تعشُ إلى ضوءِ نارهِ تجد   خَيْرَ نارٍ عِنْدَها خيْرَ مُوقِدِ

ثم هو على الفور، ويخالفان، فإنه يستعمل في الفعل، ولهذا يجاب به عن السؤال عن الفعل، فتقول: هل ألقاك؟ فتقول: إن شئت، فصار كما لو قال إن فاتني طلاقُكِ فأنتِ طالقٌ، وإذا يستعمل في الوقت، فصار كما لو قال: أيُّ وقتٍ لم أطلقك فأنت طالق.

مسألة: إذا قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم قال لها: أنت طالق لم يقع عليها طلاق.

ومن أصحابنا من قال: يقع ما نجزه دون ما علقه بالشرط وهو قول أبي حنيفة.

ومن أصحابنا من قال: يقع ما نجز، وطلقتان من الثلاث.

لنا: هو أنّا لو أوقعنا لما نجز احتجنا أن نوقع قبله ثلاثاً، وإذا أوقعنا قبله ثلاثاً لم يقع هو، فيؤدي إثبات الطلاق إلى نفيه فسقط، ولأنه لو جاز أن يقع ما نجز لوقع ما علقه عليه، ولا يلزم إذا قال إذا انفسخ نكاحُك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتدّ، لأنه ليس بين الطلاق الثلاث وبين سبب الفسخ وهو الردة تنافٍ، فثبتت الردة وانفسخ بها العقد، وبين الطلاق الثلاث وبين الطلقة تناف فتمانعا.

قالوا: إيقاع الطلاق في زمان ماض لا يصح، ولهذا لو قال أنت طالق أمس لم يقع الطلاق في أمس، فإذا وقع المنجز وقع ولم تقع قبله الثلاث.

قلنا: إنما لم يصح الطلاق في زمانٍ ماضٍ إذا تقدم الوقوع على الإيقاع، فأما إذا تأخر جاز، ولهذا لو قال: أنت طالق قبل موتي بشهرٍ ثم مات بعد شهرٍ حكمنا بوقوع الطلاق قبل موته بشهرٍ.

مسألة: إذا قال كلما طلقت امرأةً من نسائي فعبدٌ من عبيدي حرٌّ، وكلما طلقت اثنتين فعبدان حرّان، وكلما طلقت ثلاثة فثلاثة أعبد أحرار، وكلما طلقت أربعاً فأربعة أحرار ثم طلق أربعاً عتق خمسة عشر عبداً.

ومن أصحابنا من قال: يُعتق سبعة عشر.

ومنهم من قال عشرة.

وقال أبو حنيفة: يعتق عشرون عبداً.

لنا: هو أن في أربعة أربعة آحاد، واثنتين مرتين وثلاثاً مرة وأربعة مرة فذلك خمسة عشر، ولأن بطلاق امرأة وجد صفة واحدة فعتق عبده، وبطلاق الثانية وجد طلاق واحدة وطلاق اثنتين فعتق ثلاثاً، وبطلاق الثالثة وجد طلاق واحدة وطلاق ثلاث فعتق أربعة، وبطلاق الرابعة وجد طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربعة فعتق سبعة.فذلك خمسة عشر.

قالوا: في طلاق الثالثة طلاق امرأة وثلاث واثنتين لأنها بائنة من الثانية، وفي طلاق الرابعة طلاق امرأة وامرأتين وثلاث، فإنها بائنة من الثانية وأربع فذلك عشرون.

قلنا: قد عددنا الثانية مع ما قبلها فلا نعد مع ما بعدها في الاثنين، وعددنا الثالثة مع ما قبلها في الثلاث فلا تعد مع ما بعدها في الثلاثة، ولهذا لو قال: كلما أكلت نصف رمانة فعبدٌ من عبيدي حر، فأكل نصف رمانة عتق عبدٌ، ثم إذا أكل نصف النصف لم يعتق عبدٌ آخر، وإن كان ذلك مع ربع قبله نصف رمانة، لأن ذلك قد حسبناه مرة، فكذلك هاهنا.

مسألة: إذا قال: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إذا قدم الحاجّ فأنت طالق:

فلم تطلق.

وقال أبو حنيفة: تطلق.

لنا: هو أنه إيقاع طلاق بصفة لا يتضمن منعاً ولا حثاً ولا تصديقاً، فأشبه إذا قال: إذا حضتِ فأنت طالق.

قالوا: علّق الطلاق بصفة بعد اليمين، فأشبه إذا قال إن كلمت فلاناً فأنت طالق.

قلنا: يبطل به إذا قال: إذا حضت فأنت طالق.

والمعنى في الأصل: أنه قصد به المنع، وهذا بخلافه.

مسألة: إذا قال: أنت طالق يوم مقدم فلانٍ فقدم ليلاً: لم تطلق.

وقال أبو حنيفة: تطلق.

لنا: هو أنه علق الطلاق على أحد الزمانين فلم تطلق بالآخر كما لو قال: أنت طالق ليلة يقدم فلان، ولأنه لو قال: يوم يقدم فلان فأمرك بيدك اختصّ ببياض النهار، فكذلك هاهنا.

قالوا: اليوم المطلق يقتضي الوقت، قال الله تعالى ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ (الأنفال: من الآية١٦)، أراد الوقت.

قلنا: يبطل به إذا قال: يوم يقدم فلان فأمرك بيدك.

مسألة: إذا قال: أنت طالق إلى شهرٍ ولم يكن له نية طلقت بعد شهرٍ.

وقال أبو حنيفة: تطلق في الحال.

لنا: أن ابن عباسٍ قال فيمن قال لامرأته أنت طالق إلى سنةٍ: أنها امرأته.

ولأن هذا اللفظ يستعمل في تأقيت الانتهاء، ويستعمل في تأقيت الابتداء، كقولك: فلانٌ خارجٌ إلى شهرٍ، فلا يقع مع الاحتمال، لأن الطلاق إذا وقع في الحال لم يتوقف بشهرٍ فوجب أن يحمل ذلك على توقيتٍ يصح، وهو توقيت الابتداء.

قالوا: وقع الطلاق في الحال من غير شرطٍ، وإنما جعل الشهر توقيتاً فسقط التوقيت وبقي الطلاق كقوله: أنت طالق في مكة.

قلنا: بل جعله شرطاً وإن لم يأت بلفظ الشرط، فصار كقوله: أنت طالق بعد شهرٍ فيقع بعده، وإن لم يأت بلفظ الشرط.

مسألة: إذا قال: أنت طالق قبلَ قدوم فلان بشهرٍ، طلقت قبله بشهرٍ.

وقال أبو حنيفة: يقع عند القدوم.

لنا: هو أنه طلاق معلق بوقتٍ فاستند وقوعه إلى ذلك الوقت، كما لو قال: قبل

موت فلانٍ بشهرٍ.

قالوا: لا يمكن إيقاع الطلاق في زمان يُقتضَى، فيصير كما لو قال: إن قدم فلان فأنت طالق.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه.

مسألة: إذا قال لها أنت طالق في الشهر الماضي لم تطلق في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تطلق في الحال.

لنا: هو أنه أضاف الطلاق إلى وقتٍ يستحيل في الحال وقوع الطلاق فيه، فأشبه إذا قال: أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم.

قالوا: الطلاق في زمانٍ ماضٍ محال فيلغو ويبقى أنت طالق فيقع.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه.

مسألة: إذا قال: إذا رأيت الهلال فأنت طالق. فرآه الناس: طلقت.

وقال أبو حنيفة: لا تطلق حتى تراه.

لنا: هو أن رؤية الهلال في عرف الشرع عبارة عن العلم به، ولهذا قال ﷺ: «**صوموا لرؤيته**»، وأراد به العلم، وقد حصل ذلك برؤية غيره.

قالوا: علق على فعله، فلا يقع بفعل غيره كما لو قال إن نعت أو رأيت زيداً فأنت طالق.

قلنا: ذاك ليس فيه شرعي، وفي هذا عرف شرعي فحمل عليه.

مسألة: إذا قال لامرأتيه إحداكما طالق ثلاثاً منع من وطئها حتى يعين المطلقة بالقول في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا يمنع، وتتعين بالوطء.

لنا: هو أن إحداهما محرمة عليه، فلا يطأ حتى يعين بالقول كما لو طلق إحداهما بعينها ثم أسقط.

قالوا: له أن يصرف الطلاق إلى من شاء منهما، فلم يمنع من التصرف، كما لو باع قفيزاً من صبرة.

قلنا: حكم المال أخف، لأنه يستباح بالإباحة، وتدخله النيابة، والوطء بخلافه.

مسألة: إذا طلّق إحداهما ثم ماتت إحداهما قبل التعيين لم يسقط الخيار في التعيين.

وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الثانية.

لنا: هو أنه طُلّقت إحداهما فوقف على تعيينه كحال الحياة.

قالوا: الخيار إليه فيهما، فإذا ماتت إحداهما تعين في الأخرى، كما لو باع قفيزاً من صبرة وهلكت إلا قفيزاً ووجبت عليه كفارة يمين فهلك ما يكفر به إلا الطعام.

قلنا: يبطل بما قسنا به والله أعلم.

مسألة: إذا مات الزوج قبل أن يعين وقف ميراث امرأته إلى أن يصطلحا.

وقال أبو حنيفة: يقسم بينهما.

لنا: أن إحداهما أجنبية فلا يجوز أن يورث.

قالوا: تساويا في سبب الاستحقاق، فصار كما لو تنازعا داراً في يد ثالثٍ، وأقام كل واحدٍ منهما بينة.

قلنا: لا نسلم تساويهما في سبب الاستحقاق بل إحداهما هي المستحقة، وإن لم تتعين لنا، فصار كما[1] .

شهدت البينة أن الدار لإحداهما ولم يبين، ولأن هناك يجوز أن يشتركا في ملك الدار، فلا يجوز أن يشتركا هاهنا في الميراث.

قالوا: إذا لم يتعين الطلاق سقط حكمه.

قلنا: لو كان كذلك لوجب أن لا يجب عليها في العدة أقصى الأجلين.

مسألة: إذا كتب الطلاق ونوى لم يقع في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يقع.

لنا: أنه فعل ممن يقدر على القول فأشبه الإشارة.

قالوا: الكتابة وضعت للإفهام فأشبه الكنايات.

قلنا: الإشارة أيضاً وضعت للإفهام ولهذا يتفاهم بها الخرس، وأشار النبيّ ﷺ في ردّ السلام، ثم يصح بها الطلاق.

مسألة: لا يصح طلاق المكره ولا نكاحه ولا يمينه.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: قوله ﷺ: «**رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه**»[2]، وقوله: «**لا طلاق في إغلاق**»[3]، قال أبو عبيد والقنيبيّ: هو الإكراه، وقوله ﷺ: «**لا يمين على**

---

(١) بياض في الأصل ولعلّ الصحيح ما أثبتناه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/٢١٦) ح (٢٨٠٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/٣٥٧) ح (١٤٨٧٤).

مقهورٍ عليه» [١]، ولأنه قولٌ حُمِلَ عليه بغير حقّ فلم يلزم بالإقرار، والردةِ.

فإن قيل: الإقرار والردة إجبار، فإذا اتصل به الإكراهُ كان الظاهر فيه أنه لا أصل له، والطلاق إيقاع فلم يؤثر فيه الإكراه قبل الإسلام أيضاً إجبارٌ ثم يصح مع الإكراه، ولأنه إذا قال: أنت طالق وهو مكرهٌ وادعى أنه نوى طلاقاً من وثاق فالظاهر أنه صادق فيما يدعيه، ثم لا يقبل عندهم، ولأنه تلفظ بالطلاق ومعه ما يدل على عدم قصده، فأشبه الحاكم والشاهد والمفتي، ولأن المكره على القتل عندهم كالآلة وفعله منقول إلى المكره، فالمكره على الطلاق وهو تصرف حكمي أولى، ولأن النكاح عقد حمل عليه بغير حق فلم يلزم كالبيع.

فإن احتجوا: بما روي أن النبيّ ﷺ قال: «**ثلاثٌ جدهن جَدٌّ، وهزلُهنَّ جدّ: النكاح، والطلاق، والعتاق**» [٢].

قلنا: الهازل من قصد اللفظ ولم يقصد المعنى، والمكره لم يقصد اللفظ ولا المعنى.

فإن احتجوا: بأن رجلاً كان نائماً مع امرأته في الفراش فجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه، وقالت: لتطلقني ثلاثاً أو لأذبحنك، فناشدها الله فأبت فطلقها، ثم أخبر النبي ﷺ: فقال: «**لا إقالة له في الطلاق**».

قلنا: أقرّ بالطلاق وادعى الإكراه فلم يقبل فيه.

قالوا: أحلف المشركون اليمان أن لا يعين رسول الله ﷺ فقال له ﷺ: «**أوف يمينك**».

قلنا: ليس فيه أنهم أكرهوه.

قالوا: انقطاع طلاق من مكلف مالك للطلاق فأشبه المختار والهازل.

قلنا: لا نسلم أنه إيقاع بل يحكي لفظ الإيقاع كالحاكي، ثم المكره يخالف المختار، كما قلنا في الإقرار، والقطع، والبيع، والردة، والهازل قصد اللفظ فلزمه موجبه، وهذا لم يقصد اللفظَ ولا موجَبَهُ، ولهذا يصح إقرار الهازل، ولا يصح إقرار المكره.

---

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/١٧٨) ح (٧١٢)، والحاكم في مستدركه (٢/٢١٦) ح (٢٨٠٠)، وقال صحيح الإسناد، والترمذي (٣/٤٩٠) ح (١١٨٤)،والبيهقي في الكبرى (٧/٣٤٠) ح (١٤٧٧٠)، وأبو داود (٢/٢٥٩) ح (٢١٩٤)، وابن ماجة (١/٦٥٨) ح (٢٠٣٩)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٩٤) ح (١٧١١).

قالوا: معنىً يحرم الإبضاع فأشبه الرضاع.

قلنا: لو كان كالرضاع لصح مع الجنون والنوم، ثم الرضاع فعل، والطلاق قول وحكمُ الأمرين مختلف، ولهذا ينفذ إحبال المجنون ولا ينفذ يمينه.

قالوا: وحكم الأمرين مختلف ولهذا ينفذ إحبال المجنون، ولا ينفذ يمينه.

قالوا: ليس فيه أكثر من عدم القصد فصار كما لو طلق بشرط الخيار.

قلنا: هناك اختار الطلاق بشرط باطل فسقط الشرط، وبقي الطلاق، وهاهنا أكره عليه فصار كما لو لم يوضع، ولهذا لو ارتد واستمهل للقتل ثلاثة أيامٍ حكم بردته، ولو أكره على الردة لم يحكم، ولأنه لو باع بشرط الخيار ثم مات في المدة لزمه البيع عندهم ولو أكره عليه ثم مات لم يلزم، فدل على أن الإكراه أبلغ.

مسألة: طلاق السكران لا يقع في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يقع.

لنا: هو أنه لا تصح ردته فأشبه النائم والمجنون، ولا يصح إقراره بالزنا فأشبه ما ذكرناه، أو غير قاصدٍ فأشبه المُبَنَّجَ.

قالوا: مكلف فصار كالصاحي.

والدليل على الوصف: قوله عز وجل: ﴿**لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ**﴾ (النساء: من الآية٤٣)، وقال علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هَذَى، وإذا هَذَى افترَى، فأرى أن يُحَدَّ حدَّ المفتري [(١)].

ولأنه يجب عليه قضاء الصلاة.

قلنا: لا نسلم أنه مكلف، وقوله: ﴿**لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ**﴾ (النساء: من الآية٤٣)، خطاب للصاحي أن لا يقربَ الصلاة إذا سكر، وقوله يحد حدّ المفتري أرادَ أنه يحد كما يحد المفتري، إذ لو كان ذلك حدّ الافتراءِ لاحتاج الشربُ إلى حدٍّ آخَرَ، ثم يعارضه قوله ﷺ في حديث ماعزٍ: «**استكنهوه أبك جنة**»[(٢)] فجعل السُكْرَ كالمجنون في رَدِّ الإقرارِ بالزنا، وقضاءُ الصلاةِ يجب عليه إذا صَحَا، كما يجب على النائم والمغمى عليه عندهم ثم

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤/٤١٧) ح (٨١٣١) وصححه، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٠)، والدارقطني في سننه (٣/١٥٧) برقم (٢٢٣)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٨٦)، والنسائي في الكبرى (٣/٢٥٣) ح (٥٢٨٩)، والإمام مالك في موطئه (٢/٨٤٢) ح (١٥٣٣).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٥/١١٨) ح (٤٨٤٣).

لا يصح طلاقه.

قالوا: السكر معصيةٌ، فلا يجعل سبباً للتخفيف.

قلنا: الشرب هو المعصية دون السُّكْرِ فهو كمن ترك الصلاة في آخر الوقت حتى غلبه النوم، ثم يبطلُ بمن شرِبَ البَنْجَ لغير التداوي.

مسألة: إذا علّق الطلاق على عضوٍ من أعضائها طلقت.

وقال أبو حنيفة: لا تطلق إلا في الرأس، والوجه، والرقبة، والظهر، والفرج.

لنا: هو أنه جزءٌ متصلٌ بها اتصالُ خلقةٍ فجاز إضافة الطلاق إليه كالأعضاء الخمسة، أو جزءٌ يستباح بعقد النكاح، فأشبه ما ذكرناه.

فإن قيل: هذه الأعضاء يعبر بها عن البدن، ولهذا يقال عند فلان كذا وكذا ظهراً من الدواب، وكذا كذا رأساً من العبيد، وقال الله عز وجل: ﴿**وَفِي الرِّقَابِ**﴾ (التوبة: الآية ٦٠) وقال: ﴿**كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلا وَجْهَهُ**﴾ (القصص: من الآية٨٨) وفي الخبر: «**إذا ركبت الفروج السروج**»[(١)]، وأراد بها الجملة بخلاف سائر الأعضاء.

قيل: سائر الأعضاء يعبر بها عن الجملة، ولهذا تقول: كنت نصب عينيه، وبين يديه، وقال تعالى: ﴿**مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾ (النساء: من الآية٣)، وقال ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى ترده**»، وقال: «**لا سبق إلاّ في نصلٍ، أو خفٍّ، أو حافرٍ**»، وتقول العرب: مال فلان الَوبَرُ، ومال فلان الشَّعَرُ، يعنون به الإبل والغنم، وقول العرب: حيّا الله هذه اللحية، والمراد به الجملة، ولأن تلك يعبر بها عن الجملة إذا لم تضف، فأما إذا أضيفت فلا ولهذا تقول: غسلتُ وجهي، وصدَعَني رأسي، وأوجعنى ظهري، والمراد به الأعضاء فلا يجوز أن يجعل عبارة عن الجملة مع الإضافة، كقوله: أنت طالق من وثاق، لا تجعل عبارة عن الطلاق مع الصلة، ولأنه وإن كان يعبر بها عن الجملة إلا أنها حقيقة في الأعضاء، فلا تجعل عبارة عن البدن إلا بالنية كقولك: حبلك على غاربك، ولأنه محلٌّ للطلاق فأشبه الجزء الشائع.

فإن قيل: ذاك محلٌّ للتصرف الحكمي بخلاف المعين.

قيل: يجوز أن يجعل محلاً للتصرف الحكمي لأنه يجوز أن يفرد به، ولا يجوز أن

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤/٤٨٣) ح (٨٣٤٩)، والطبراني في الأوسط (٥/١٩٥) ح (٥٠٦١)، والبيهقي في الشعب (٤/٣٧٦-٣٧٧) ح (٥٤٦٦).

يفرد بالطلاق، ولا يجوز أن يجعل محلاً له.

قالوا: تابع فلا يسري التصرف فيه إلى الأصل كعتق الحمل، وطلاق الريقِ.

قلنا: الحمل والرِّيْقُ منفصل، وهذا جزءٌ من الجملة متصل بها فصار كالرأس، والظهر.

قالوا: تصرف من جهةِ الحكم فلم يصح تعليقه على اليد كاللعان، والنكاح، والبيع، والهبة.

قلنا: إلا أنه إتلاف من جهة الحكم وله سرايةٌ، ويخالف اللعان فإن القصد به تحقيق الزنا من التحريم وذلك لا يحصل بالتعليق على اليد، والنكاح يُرادُ للحل، وليس مبناه على التغليب، والبيع والوصية يرادا للانتفاع، واليد لا منفعة فيها على الانفراد، ولا يمكن تكميله بالسراية، والطلاق يراد للتحريم، ومبناه على السِّراية فأمكن تكميله في الجملة.

يؤكده: أنه لو علّق هذه العقود على زمانٍ معين لم يكمل، ولو علّق الطلاق على زمانٍ طلقت في جميع الزمان.

مسألة: لا يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث.

وقال أبو حنيفة: يهدمه.

لنا: هو أنه وطءٌ لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يؤثر في حكم الطلاق كوطء السيد، ولأنها مطلقة لم تستوف عدد الطلاق فعادت بما بقي أصله إذا لم يطأها الزوج الثاني، ولأنهما نكاحان لا ينبني أحدهما على الآخر في اليمين، فلا يبني في عدد الطلاق كما لو يتخللها نكاح.

قالوا: عادت بعد وطء الزوج الثاني، فعادت بعدَدٍ مستأنفٍ كما لو طلقها ثلاثاً.

قلنا: لأن هناك استوفى العدد فوجب الاستئناف، وهاهنا لم يستوف العدد فوجب البناء، ولأن هناك لا يبني على ما مضى في اليمين فلم يبن في عدد الطلاق، وهاهنا يبني في اليمين فبنى في الطلاق.

قالوا: الزوج الثاني لا يخلو إما أن يرفع الطلاق أو التحريم، ولا يجوز أن يرفع التحريم، لأنه موجب الطلاق، فلا يرفع الموجِب مع بقاء موجَبه، ولأنه لو رفع التحريم لرفع الطلقة الثالثة لأنها الموجبة للتحريم إذ التحريم يجاورها، والموجب للحكم ما جاوره، وأما تقدم شرط كالزنا هو الموجب لحد لا الإحصان فثبت أنه يرفع الطلاق، فإذا رفع الثلاث فما دونه أولى، كالماء إذا رفع النجاسة الكثيرة فما دونها أولى.

قلنا: الطلاق قولٌ مضى وتلاشى فلا يتصور رفعه، لأنه لو رفع الطلاق لعادت منكوحة كما كانت قبل الطلاق، ويخالف الماء فإنه يرفع النجاسة، ولهذا يعود الثوبَ كما

كان قبل النجاسة، وهذا يرفع التحريم، ولا تحريم فيما دون الثلاث، ولا جزءٌ منه، إذا لو كان هناك جزءٌ منه لسرى إلى الباقي فلا تحل إلا بعد زوجٍ فصار كالتيمم في حق من هو على طهارةٍ.

وقولهم: إن التحريم لا يرتفع مع بقاء موجبه: يبطلُ بنجاسة جلدِ الميتة، فإنها ترتفع بالدباغ مع بقاء موجبه وهو الموت، وإباحة دم الكافر ترتفع بالأمان مع بقاء موجبها وهو الكفر.

وقولهم: إن الطلقة الثانية هي الموجبة للتحريم: لا يصح بل الطلاق الثلاث يخالف الزنا والإحصان، فإن الإحصان ليس بسببٍ للعقوبة، فجعل الموجِب هو الزنا، والطلاق سبب للتحريم فتعلق بالجميع، ثم يبطل أصلُ الدليل باللعان برفع الفراشِ والنسبِ، لا يرفع النسبَ وحدَهُ، والقهقهة تبطل الطهارة والصلاة، ولا تبطل الطهارة وحدها، والعاقلة تحمل أرش الموضحة ولا تحمل ما دونها عندهم.

مسألة: يعتبر عدد الطلاق بحرية الزوج.

وقال أبو حنيفة: بحرية المرأة ورقها.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال: «**الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء**»(1)، ولا يحمل على أن المراد به أنه ملك للرجال، لأنه لو أراد ذلك لقال: الطلاق للرجال، ولما فرق بينه وبين العدة، وروي أن مكتباً لأم سلمة طلّق امرأةً حرّةً تطليقتين فأراد أن يراجعها، فأمره أزواج النبيّ ﷺ أن يأتي عثمان فيسأله، فسأله وهو آخذ بيد زيد بن ثابت فابتدرا وقالا: حرمت عليك.

عن ابن عمر إذا طلق العبد امرأته اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره حرةً كانت أو أمةً، ولأنه نقصٌ مؤثر في الطلاق فاعتبر من جهة الزوج، كالمجنون، والصغير، والأخرس، ولأنه ذو عددٍ يعتبر في ثبوته صفته وحده، فاعتبر به عدده، كحد الزنا، ولا يلزم حدُّ القذفِ، لأن ثبوته يعتبر بالقاذف والمقذوف جميعاً ولهذا لا يجب إذا كان المقذوف عبداً، ولا يجب إذا كان القاذف صبيًّا، ولأنه حق خالصٌ للزوج يملكه بعقد النكاح يختلف بالرق والحرية، فاختلف برقه وحريته كالإبضاع.

واحتجوا: بقوله: «**طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان**» .

---

(1) عزاه الحافظ ابن حجر للدارقطني والبيهقي من حديث ابن مسعود موقوفاً، والبيهقي عن ابن مسعود وابن عباس موقوفاً أيضاً. التلخيص الحبير (٣/٢١٢).

قلنا: يرويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث، ولأنه يعارضه قوله: «**يطلق العبد تطليقتين،وتعتد الأمة قرءين**» ثم نحمله عليه إذا كان زوجها عبداً، فإن الأمة لا يتزوجها الحر إلا لضرورة.

قالوا: عدد يتعلق به البينونة فاختلف برق المرأة وحريتها كالعدة.

قلنا: نقلب فنقول: فاختلف برق من يضاف إليه كالعدة، ولأن السنة فرقت بين العدة والطلاق فلا يجوز الجمع بينهما، ولأن المغلب في العدة العبادة فاعتبر بالمتعبد، وهذا ملك والمغلب فيه حقه، ولهذا يجوز أن يأخذ عليه العوض فاعتبر بالمالك.

قالوا: حق من حقوق النكاح يختلف بالرق والحرية فأشبه القسم.

قلنا: القسم مشترك بينهما، والمغلب فيه حقها، ولهذا ورد الوعيد في بابها، فقال: «**من كان له امرأتان فمال إلى أحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل**»[1]، وهذا خالصٌ للزوج، فاعتبر به كعدد المنكوحات.

قالوا: ذو عدد يختلف بالرق والحرية، فاعتبر حال الموقع عليه كالحد.

قلنا: نقلب فنقول اعتبر لمن يضاف إليه نسبه كالحد ثم الموقع للحد هو الإمام، وهو غير مستحق، وإنما هو ثابت، فلم يمكن اعتباره به فاعتبر بالموقع عليه، والموقع للطلاق مستحق له فاعتبر به، ولأن في الحد يعتبر حال الموقع عليه، وهاهنا يعتبر حال الزوج في صفة إيقاعه من الخرس والنطق فاعتبر حاله في عدده.

قالوا: لا يملك تفريقها على الأقراء، فلم يملكها كالعبد.

قلنا: يبطل بالحر قبل الدخول، وبزوج الحامل إذا بقي من الحمل شهر.

قالوا: تصرف يملكه الزوج فاستوى فيه الحر والعبد، كالظهار والإيلاء.

قلنا: ذاك لا يتعدد فلم يختلف فيه الحر والعبد كالقطع في السرقة، وهذا يتعدد فهو كالجلد.

مسألة: لا ترث المبتوتة في المرض في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: ترث استحساناً.

لنا: هو أنه زال النكاح قبل الموت فلم ترث منه بالزوجية كالمطلقة قبل الدخول، والمنقضية العدة، وكما لو سألت الطلاق، ولأنه طلاق قطع إرثه منها، فقطع إرثها منه كالطلاق في الصحة، ولأنه حكم يختص الزوجية فانقطع بالبينونة في المرض كالاستمتاع،

---

(١) تقدم تخريجه.

والرجعة، والإيلاء، والظهار، ولا يلزم السكنى لأن الذي اختص الزوجية قد سقط، وإنما أوجب في العدة سكنى أخرى.

فإن احتجوا: بما روي أن عمر كتب إلى شريح: أن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض ورثته في العدة.

وورّث عثمان تماضر بنت الأصبغ من عبد الرحمن.

قلنا: امرأة عبد الرحمن كانت سألت الطلاق وعندنا أنها لا ترث، ولأن هذا قول نفرٍ والقياس مقدم عليه، ولأن ابن الزبير قال: ورّث عثمان تماضر وأنا لا أرى توريث المبتوتة.

قالوا: طلقها في حالٍ تعلق حقها بماله، ولتصل الموت بتلك الحال وهي في عدة منه ولم يوجد منها ما يوجب سقوط حقها من الميراث فأشبهت الرجعية.

قلنا: لا نسلم أن للمرأة حقًا في ماله لأنه لو كان كذلك لملكت إسقاطه، ولما جاز للمريض إتلافه بلبس الناعم، وأكل الطيّب كما قلنا في الرهن، وإن سلم فإنما يتعلق به حق من هو وارث عند الموت دون هذه، وإنما منع من التبرع لحق وارث عند الموت، بدليل أنه لو حدث له ولدٌ بعد التبرع بطل تبرعه، وإن لم يكن حال التبرع، ثم الميراث لا يسقطه الإسقاط.

ألا ترى: أنها لو قالت أسقطت حقي من الإرث بغير طلاق لم يسقط، فلا معنى لقولهم: ولم يوجد من جهتها ما يوجب سقوط حقها، ثم في الأصل مات عنها والزوجية قائمة، وهاهنا مات عنها وهي بائنة، ولأن هناك لو ماتت ورثها، ولو ماتت هاهنا لم يرثها.

قالوا: متهم في قطع الإرث بالقرار فأبطل عليه قصده، كما لو وصّى بجميع ماله، أو قتل مورثه.

قلنا: يبطل به إذا انقضت عدتها قبل الموت أو طلقها قبل الدخول أو عتقت تحت الحرّ، فاختارت الفسخ في حال المرض بعدما أبينت أو تزوج بغيرها، ويخالف الوصية فإنه لو سأل الوارث أن يرضى لم يسقط حقه، ولو سألت الطلاق سقط حقها، ولأن الوصية يملك إبطالها، ولا يملك إسقاط الطلاق، وأما القاتل فلأنه استعجل الميراث بمعصية فحرم الإرث، وهاهنا فَرّ من إرثها بسبب مباح فهو كمن باع النصاب قبل الحول.

مسائل الرجعة

مسألة: الرجعية محرمة الوطء.

وقال أصحاب أبي حنيفة: غير محرمة.

لنا: هو أنه طلاق يحرم المسافرة بها فحرم الوطء لها كالطلاق بلفظ الكناية، ولأنه طلاق يوجب الشروع في العدة، فأشبه الطلاق بعوض.

قالوا: تصرف لا يزيل الملك فلا يسقط حقه من الوطء، كالإيلاء، والظهار، وتعليق الطلاق بصفة.

قلنا: وإن لم يزل الملك إلا أنه يوقع الخلل فيه.

بدليل: أنه تحرم المسافرة بها، والخلل يكفي في تحريم الوطء، كما قلنا في المكاتبة، ويخالف ما قاسوا عليه فإن هناك الملك باقٍ على جهته لم يقع فيه خلل، فهو كالعتق المعلق بصفة، ولأن هناك تقف البينونة فيه علَى طلاق بعدة، وهاهنا لا تقف البينونة فيه على طلاق بعدة.

قالوا: يملك إمساكها من غير عقد جديد فلم يسقط حقه من وطئها كالمبيعة بشرط الخيار.

قلنا: يبطل بالمكاتبة، والمرهونة، ثم المبيعة باقية على ملكه كما كانت، ولهذا لا يشرع في الاستبراء، وهذا يشرع في الاستبراء، فدل على أن الحل قد انقضى، ولأن المدة هناك يتعقبها الحظر بالاستبراء فدلّ على تقدم الملك، وهاهنا يتعقبها الحل، فدل على تقدم الحظر.

مسألة: لا تصح الرجعة بالوطء [1].

وقال أبو حنيفة: تصح [2].

لنا: هو أنه فعل لمن يقدر على القول فلم تصح به الرجعة كالإشارة، ولأنها مطلقة فيه فلم يملك إمساكها على ملك النكاح بالوطء كالمطلقة بالكتابة، ولأنه استباحة فرج مقصود لم يجز بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح، ولأنه لو جاز إمساكها بالوطء

(١) الإفصاح (١٢٩/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد (في إحدى روايتيه) وانظر الكافي لابن عبد البر (٦١٨/٢)، روضة الطالبين (٢٢١/٨)، الكافي لابن قدامة (١٤٨/٣).

(٢) الإفصاح (١٢٩/٢)، ووافق الأحناف أحمد (في أظهر روايتيه) ، انظر: الهداية (٢٨٤/١)، الكافي لابن قدامة (١٤٨/٣).

لجاز الاعتياض كما قلنا في البيعة بشرط الخيار.

قالوا: مدة مضروبة لزوال الملك يصح رفعها فصح رفعها بالوطء كمدة الإيلاء ومدة الخيار.

قلنا: مدة الإيلاء ضربت لطلب الوطء فارتفعت بوجوده، وهذه العدة ضربت للاستبراء من الوطء، فلا ترتفع بالوطء، والخيار في البيع لإصلاح الملك، وأصل الملك يقع بالفعل فجاز إصلاحه، والرجعة لإصلاح النكاح، وذلك يختص بالقول، فكذلك إصلاحه.

قالوا: الوطء آكد في تبقية النكاح من القول، بدليل: أنه لو طلقها بعد الوطء لم تبن في الحال لأجل الوطء، فوجب أن تكون الرجعة به أولى.

قلنا: لو صحّ هذا لوجب أن يصح به عقد النكاح، لأنه آكد، ولوجب أن تكون الرجعة به أفضل.

قالوا: إذا أباح وطء الزوج الثاني فلأن يستبيحها هو بالوطء أولى.

قلنا: وطء الثاني يثبت له جواز النكاح ولا يرتفع التحريم، فكذلك وطء هذه يثبت له الرجعة ولا يحصل به الزوجية.

مسألة: الإشهاد واجبٌ على الرجعة في أحد القولين (١).

وقال أبو حنيفة: لا يجب (٢).

لنا: قوله تبارك وتعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ﴾ (الطلاق: من الآية٢)، ولأنها طلقت منه، فلا يجوز إمساكها بالزوجية من غير إشهاد، كما لو قال لها أنت بائن، ولأنه استباحة فرج مقصودٍ فلم يجز من غير إشهارٍ كالنكاح، ولا يلزم تكفير المظاهر، فإن القصد هناك إسقاط الفرض دون الاستباحة، ولهذا لو ماتت لم يسقط التكفير.

قالوا: حكم من أحكام الزوجية فأشبه الطلاق والظهار والإيلاء.

قلنا: تلك الأحكام لا يقصد بها الاستباحة، فهي كالبيع والإجارة، وهذا يقصد به الاستباحة فهو كالنكاح.

---

(١) الإفصاح (٢/١٣٠)، وانظر: روضة الطالبين (٨/٢١٩).

(٢) الإفصاح (٢/١٣٠)، ووافق الأحناف مالك وأحمد انظر: الهداية (١/٢٨٥)، الكافي لابن قدامة (٣/١٤٨)، الكافي لابن عبد البر (٢/٦١٧).

قالوا: لو اعتبر فيها الإشهاد لاعتبر رضاها، ورضا السيد في حق العبد كالنكاح.

قلنا: سقوط الرضا لا يوجب سقوط الشهادة، كما قالوا في تزويج عمه.

كتاب الأيمان

مسألة: يصح يمين الكافر [1].

وقال أبو حنيفة: لا يصح [2].

لنا: أنه يصح استحلافه في الدعاوي فصح في غيرها كالمسلم، ولأنه يصح يمينه بالطلاق أو يصح إيلاؤه بالله تبارك وتعالى فصح منه سائر الإيمان كالمسلم، ولأنه لو لم يصح إيلاؤه في إيجاب الكفارة لم يصح في إيجاب الطلاق، كما لو آلى بصومٍ أو حجٍّ.

فإن احتجوا: بقوله تعالى: ﴿**لَا أَيْمَانَ لَهُمْ**﴾ (التوبة: من الآية١٢).

قلنا: أراد به أنهم لا يوفون بها، ولهذا قال في موضوع آخر: ﴿**نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ**﴾ (التوبة: من الآية١٢).

قالوا: قول يفضي إلى العبادة فلم يصح من الكافر كالنذر.

قلنا: يبطل بالإيلاء بالله عز وجل، وفي نذره وجهان، ثم القصد بالنذر بإيجاب العبادة، والقصد باليمين الوفاء بها، وتحقيق المحلوف عليه، وإنما تجب العبادة إذا فاته المقصود، ولأن ما يجب بالنذر محضُ قربةٍ، وما يجب في اليمين عقوبة، ولهذا يختص بهتك حرمةٍ فهو كالقذف.

قالوا: مَن لا يؤمن بالله لا يحلف بالله تعالى فهو كالمسلم إذا حلف بالكعبة.

قلنا: ليس في الكفار من لا يؤمن بالله، وإنما يخالفون في الاسم والصفة، ولهذا قال تعالى: ﴿**وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ**﴾ (الزخرف: من الآية٨٧).

مسألة: يصح تكفير الكافر.

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

لنا: هو أنه يصح منه العتق والإطعام في غير الكفارة فصح منه في الكفارة كالمسلم، ولأنه لو ظاهر ثم ارتد وكفر بالعتق أجزأه إذا رجع إلى الإسلام، فدل على صحته.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٤)، ووافق الشافعية أحمد انظر: كفاية الخيار (٢/٢٥٢)، المغني (١١/١٦١).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٤)، ووافق الأحناف مالك، انظر: بدائع الصنائع (٣/١١)، المغني (١١/٢٦١-٢٦٢).

قالوا: عبادة تفتقر إلى النية فلم يصح منه كالصوم والصلاة.

قلنا: ذاك من موجبات الإسلام فلم يصح منه، وهذا من موجبات الحرائر كالحدود.

قالوا: أحد ما يكفر به فأشبه الصوم.

قلنا: الحائض لا يصح تكفيرها بالصوم، ويصح بالعتق، والعبد لا يصح تكفيره بالعتق، ويصح بغيره، ولأن الصوم لا يفعل إلا عبادة، ولهذا يصح منه في غير الكفارة بخلاف العتق والإطعام، ولأن المرتد لو صام عن ظهاره لم يصح، ولو أعتق صح.

قالوا: الكفارة جعلت للتكفير، ولهذا سميت كفارة، ولأنه عبادة والعبادات لدحض السيئات، ولهذا قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾ (هود: من الآية١١٤)، والكافر ليس من أهل التكفير.

قلنا: الحدود جعلت التكفير ولهذا قال ﷺ: «**الحدود كفارات لأهلها**»[1] ثم يجب في حقه.

مسألة: اليمين الغموس تجب بها الكفارة [2].

وقال أبو حنيفة: لا تجب [3].

لنا: هو أنه أحد نوعي اليمين فجاز أن تتعلق به الكفارة كاليمين على المستقبل، ولأن كل حكم تعلق باليمين على المستقبل تعلق باليمين على الماضي كالطلاق والعتاق، ولأن كل يمين لو تأخر عنها الحل تعلقت بها الكفارة فإذا قارنها الحل تعلقت بها الكفارة كما لو قال: والله لأقتلن فلاناً، وهو يعلم أنه ميت.

فإن قيل: المحلوف عليه في الأصل يترتب فيه الحنث والبر، لأنه يجوز أن يجيبه الله تعالى فيقتلهم، وهذا لا يترتب فيه البِرّ، إذْ لا يجوز أن يصير الكذب صدقاً.

قيل: وإن جاز أن يجيبه الله تعالى إلا أن ذلك مأيوس منه في العادة، فصار كالمستحيل الذي لا يترتب فيه البر، ولهذا وجبت فيه الكفارة في الحال، ولم يترتب فيها

---

(١) الذي وجدته مرفوعاً: ما أدري الحدود والكفارات لأهلها أم لا؟ أخرجه الحاكم في مستدركه (١/ ٩٢) ح (١٠٤)، والبيهقي في الكبرى (٨/٣٢٩).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦١)، ووافق الشافعية أحمد، انظر: مغني المحتاج (٤/٣٢٥)، المغني (١١/١٧٧، ١٧٨).

(٣) الإفصاح (٢/٢٦١)، ووافق الأحناف مالك، انظر: بدائع الصنائع (٣/٣- ٤)، الفتاوي الهندية (٢/٣)، كفاية الطالب الرباني (٢/٢٠-٢١).

البر.

فإن احتجوا: بقوله تبارك وتعالى: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ (البقرة: من الآية٢٢٥)

قلنا: اللغو ما لم يقصده، قالت (أمّنا السيدة) عائشة: " لغو اليمين" قول الرجل: لا والله، بلى والله، ولهذا قال: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ (البقرة: من الآية ٢٢٥).

قالوا: يمين على ماض فأشبه لغو اليمين.

قلنا: إذا وجبت في اليمين على المستقبل ولم يعقدها على الهتك فلأن يجب على الماضي وقد عقدها على الهتك أولى، وفي اللغو لم يقصد الهتك، وهاهنا قصد الهتك، وحكم الأمرين مختلف، ألا ترى: أن من سبق لسانُه إلى كلمة الكفر لم يصر كافراً، ولو قصد صار كافراً.

قالوا: يمين على محظور فلم تتعلق به الكفارة، كما لو حلف بغير الله.

قلنا: إذا تعلقت الكفارة بما ليس بمحظور فالمحظور أولى، ثم يبطل به إذا حلف على ترك الصلاة، وينكسر بالطهارة، والمعنى في الأصل: أنه يمين بغير الله، ولا بصفةٍ من صفاته، وهذا يمين مقصودة بالله عز وجل، فهو كاليمين على المستقبل.

قالوا: اليمين إنما يكون على أمر متوهم كونه لتحقق ذلك اليمين، وليس هاهنا متوهم، فصار كما لو قال: والله وسكت، وهذا يخالف الطلاق فإنه لم يكن متوهماً بقي قوله: فأنت طالق، فيقع به الطلاق.

قلنا: لو كان ما لا يتوهم كونه لا يتعلق به لوجب إذا قال: امرأتي طالق إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز، وليس فيه ماءٌ أن تطلق امرأته، ويصير كما لو قال: امرأته طالق وسكت.

مسألة: إذا قال: إذا فعلت كذا فأنا يهودي أو بريء من دين الله لم يجب عليه كفارة.

وقال أبو حنيفة: يجب.

لنا: هو أنه يمين بِمُحْدَثٍ فلم يتعلق به الكفارة، كما لو حلف بالنبيّ ﷺ، ولأنه حلف بمحظورٍ أثبته لنفسه، فأشبه إذا قال: إن فعلت كذا فأنا زانٍ.

قالوا: عقد يمينه بضربٍ من التعظيم لا يستحقه غير الله تبارك وتعالى، فكان حالفاً

بالله، كما لو قال: والله.

قلنا: في الأصل حلف بالله تبارك وتعالى، وهذا حلف بالكفر، فلا يصير حالفاً بالله.

قالوا: قوله: والله معناه: أني بريء من الله، فإذا انعقدت اليمين بذاك انعقدت بهذا.

قلنا: لو كان هذا معناه لوجب إذا حلف بالنبيّ، وبالكعبة أن ينعقد، لأن معناه إني بريء منهما.

مسألة: إذا قال: أقسمتُ لأفعلنّ كذا لم ينعقد يمينه.

وقال أبو حنيفة: ينعقد.

لنا: هو أنه يمين عَرِيت عن اسم الله، وصفته فأشبه إذا قال: والنبيّ.

احتجوا: بأن أبا بكر فَسّرَ رؤيا، فقال له النبيّ ﷺ: «**أصبت بعضها، وأخطأت بعضها**»، فقال أبو بكر: أقسمت عليك لتخبرني بالذي أخطأت؟ فقال ﷺ: «**لا تقسم**».

قلنا: ليس فيه أنه يوجب الكفارة، والخلاف في الكفارة.

قالوا: القسم يقتضي مقسماً به، ومنهي عن القسم بغير الله فانصرف إلى القسم بالله.

قلنا: يبطل به إذا قال: والأمانة، فإنه لا ينصرف إلى أمانة الله تعالى التي هي يمين عندهم، ويبطل به إذا قال: وحق الله، فإنه لا ينصرف عندهم إلى ما يستحقه من صفاته التي هي يمين.

قالوا: القسم لا يكون إلا بالله تبارك وتعالى، فحمل مطلقه عليه، كما لو قال: عليّ حج.

قلنا: قد يكون بالطلاق والعتاق، وقد يختلف في العادة بغير الله تعالى، فلا تحمل على اليمين، بخلاف الحج فإنه لا يفعل إلا لله تعالى.

مسألة: إذا قال: وعلم الله كان يميناً [1].

وقال أبو حنيفة: ليس بيمين استحساناً [2].

لنا: هو أنه صفة من صفات الذات، فأشبه القدرة، والعزة.

قالوا: العلم يعبر به عن المعلوم، ولهذا يقال: اعصر علمك فينا، وقال: هل عندكم

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٢)، ووافق الشافعية مالك. انظر: كفاية الطالب الرباني (٢/١٨)، مغني المحتاج (٤/٣٢٢).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٢)، وانظر: بدائع الصنائع (٣/٦)، الاختيار (٣/٢٢٤).

من علم فتخرجوه لنا، وذلك محدث.

قلنا: هذا مجازٌ، فلا يحمل عليه الكلام إلا بدليل، ولأنه يبطل بالقدرة، فإنه يعبر به عن المقدور، يقال: إن شاء قدرٌ بك قارناً عفوك، ثم ينعقد به اليمين، ولأن المعلوم منهيٌّ عن الحلف به، فلا يجوز أن يحمل اليمين عليه على قولهم.

مسألة: إذا قال: وحق الله كان يميناً [(١)].

وقال أبو حنيفة: ليس بيمين [(٢)].

لنا: هو أنه يمينٌ معتادةٌ بصفةٍ مضافة إلى الله تبارك وتعالى بمعنىً، فأشبه العزة.

قالوا: حق الله تعالى عباداته، قال عبادة بن الصامت: يا رسول الله ما حق الله على عباده؟ قال: «**أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة**»، فأشبه الصوم والصلاة.

قلنا: يحتمل هذا، ويحتمل ما يستحقه من صفاته، وقد اقترن العرف باليمين به، فوجب أن يحمل على ما يحلف به من الصفات دون العبادات، ولأنه يبطل بأمانة الله، فإنه يحتمل العبادات، ثم عندهم يمين.

مسألة: إذا قال: وأمانة الله لم يكن يميناً.

وقال أبو حنيفة: هو يمين.

لنا: هو أن الأمانة تحتمل العبادات، قال الله تعالى: ﴿**إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ**﴾ (الأحزاب: من الآية٧٢)، وتحتمل صفة الله تعالى فلا تجعل يميناً من غير دليل، ولا يلزم قوله: وحق الله، فإن ذلك اقترن به دليل،وهو العرف في اليمين به.

قالوا: الأمانة صفة من صفات الله تعالى، والأمين اسم من أسمائه، فانعقد به اليمين.

قلنا: يبطل بعلم الله، وبحق الله، ولأنه يحتمل ما قلنا فلا يحمل على أحدهما بغير دليل.

مسألة: إذا قال: أقسم بالله وأراد به الوعيد لم يكن يميناً.

وقال أبو حنيفة: يكون يميناً.

لنا: هو أنه يحتمل الوعيد، فإذا نواه قبل منه في حق الله تعالى، كما لو قال: ادخل

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٣)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المغني (١١/١٨٦)، روضة الطالبين (١١/١٢)، المغني (١١/١٨٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٣)، وانظر: بدائع الصنائع (٣/٧).

هذه الدار، ونوى به شهراً.

قالوا: لو قال: أقسم بالله ولا أطأها صارَ مولياً ولم يصدق.

قلنا: لأن ذاك يتعلق به حق آدمي فلم يقبل كما لو قال: أنت طالق لا دخلت هذه الدار ونوى شهراً، وهذا يتعلق به حق الله تعالى، فهو كما لو قال: والله لا أدخل هذه الدار، ونوى شهراً.

مسألة: إذا قال: وقدرة الله، وقال: لم أرِدْ به اليمين لم يكن يميناً.

وقال أبو حنيفة: يكون يميناً.

لنا: هو أن القدرة تحتمل المقدور، فإذا نواه قبل منه كالعلم إذا أراد به المعلوم.

قالوا: صفة من صفات الذات فأشبه الجلال والعزة.

قلنا: ذاك لا يحتمل غير اليمين وهذا بخلافه.

مسألة: إذا حلف لا يسكن هذه الدار مخرج بنية التحول بَرّ [١].

وقال أبو حنيفة: لا يبر حتى ينقل أهله ورحله [٢].

لنا: هو أنه يمين علقها على سكناه، فكان الاعتبار به لا بالرجل، كما لو حلف لا يسكن هذه الدار فخرج وحده، ولأنه لو حلف ليحولن هذه الدابة فنقلها برّ، وإن لم ينقل سرحها ولجامها، ولأن السكنى هو الاستتار عن العيون للنوم، والأكل، والتصرف، بدليل أن الفقير الذي لا أهل له ولا رحل إذا اتخذ مكاناً لهذه المعاني يسمى ساكناً فيه.

قالوا: لم ينتقل برحله، فكان ساكناً فيه كما لو خرج إلى المسجد، أو إلى السوق، أو إلى الضيافة.

قلنا: في هذه المواضع لم يخرج بنية الانتقال، ولهذا يرجع في التصرفات التي يحتاج فيها إلى السكنى إلى الدار، فصار كما لو حلف على تحويل الدابة فأخرجها للسقي، أو حلف على ترك السكنى في البلد فخرج إلى المصلى لزيارة قبرٍ أو تفرجٍ، وهذا خرج بنية الانتقال فهو كما لو حول الدابة، أو خرج من البلد بنية السفر.

مسألة: إذا حلف لا يدخل هذه الدار فصعد سطحها لم يحنث [٣].

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٦)، وانظر: روضة الطالبين (١١/٣٠).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٦)، ووافق الأحناف مالك وأحمد انظر: الاختيار (٣/٢٣١)، المغني (١١/٢٨٦).

(٣) الإفصاح (٢/٢٦٦)، وانظر: روضة الطالبين (١١/٢٩-٣٠).

وقال أبو حنيفة: يحنث [١].

لنا: هو أنه حصل في مكان لا يحيط به بناء الدار، فأشبه إذا صعد إلى شجرة أصلها في الدار، ولأن بينه وبين داخل الدار حائل فأشبه إذا دخل في فنائه تحت الدار، ولأنه لم يوجد الدخول في يمين معقودة على الدخول، فصار كما لو حلف لا يدخل بيتاً فصعد سطحه.

قالوا: ما أحاط به حدود الدار فهو منها كسائر الدار.

قلنا: لم يحط به حدود الدار وإنما أحاط به هو الدار، ثم يبطل بطافيات الدار بالغرفة التي في الدار إذا كان طريقها إلى غير الدار.

قالوا: من حلف لا يخرج من دار فصعد السطح لم يحنث فلو لم تكن من الدار لحنث.

قلنا: إذا أخرج إحدى رجليه لا يحنث في الخروج ثم لا يدل على أن الخارج إذا أدخل إحدى رجليه صار في الدار وكذلك عندهم أو حلف من في الدار أنه لا يسكن فلم ينقل رجله وأهله لم يحنث ولم يدل على أن الخارج إذا نقل الرجل والأهل إليها صار في الدار.

قالوا: ولأنه يجوز لمن قعد في السطح أن يقول لم أخرج اليوم من داري وإذا رأى رجلاً على سطحه يقول لم دخلت داري بغير إذني.

قلنا: يبطل له إذا قعد على شجرة في الدار.

قالوا: ولأن سطح المسجد من المسجد في الاعتكاف والاقتداء بالإمام فكذلك سطح الدار من الدار.

قلنا: يبطل بما قبل السجود من الركعة فإنه من الصلاة في الأحكام ثم لا يجب فيه عندهم في اليمين على ترك الصلاة ويبطل برحبة المسجد فإنه في حكم المسجد ثم رحبة الدار ليست من الدار في اليمين.

مسألة: إذا حلف لا يدخل دار فلان هذه ثم انتقل إلى غيره فدخلها أولا يكلم عبد فلان فباعه ثم كلمه حنث [٢].

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٦)، ووافق الأحناف مالك وأحمد انظر: الهداية (٢/٣٦١)، المدونة الكبرى (٢/٥٣)، المغني (١١/٢٨٩).

(٢) الإفــصاح ٢٠/٢٦٦)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: المغني (١١/٢٨٦)، روضة الطالبين =

وقال أبو حنيفة: لا يحنث [١].

لنا: هو إنه تعين لو انفرد عن الإضافة تعلق الحنث به فكذلك إذا انضم إليه الإضافة كما لو قال لا أكلم زوجة فلان هذه ثم طلقها أو ساس فلان هذا فضربه أو صديق فلان هذا فصار عدوه، ولأن الإشارة إلى عينها حقيقة والإضافة قد تكون باطلة في الباطن فاعتبرت الإشارة دون الإضافة.

قالوا: الدار لا توالى ولا تعادى والعبد ليس له محل فلا يوالى ولا يعادى أيضاً فتعلق الحنث بالمالك .

قلنا: العبد يوالا ويعاد والدار وإن لم توال ولم تعاد إلا أنه يترك سكناها ويتشاءم بها ويقصد عينها باليمين.

قالوا: لو أراد العين لم يضف إلى المالك.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه ويجوز أن يكون أضاف للتعريف كما قال: لا كلمت صاحب الطيلسان.

قالوا: علق اليمين على أمرين فلا يحنث بأحدهما كما لو حلف لا يدخل هاتين الدارين.

قلنا: يبطل بما لو قال لا كلمت زوجة فلان هذه في الأصل ذكر أمرين مقصودين وهاهنا المقصود هو العبرة والإضافة تعريف فهو كقوله لا دخلت الدار الملاصقة لدار فلان.

مسألة: إذا قال لا دخلت هذه الدار فصارت فضاءً فدخلها لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه يمين عقدت على الدار فلم يحنث بدخول الفضاء كما لو لم يعين ولأنه زال بناء الدار فأشبه إذا صار دكاناً أو بستاناً، ولأن اليمين معقودة على الدخول وقد زال الدخول، ولأنه زال اسم المحلوف عليه فأشبه إذا حلف لا يدخل هذا البيت فانهدم أو لا يأكل هذا الطعام فطحن.

قالوا: يسمى دار بعد الخراب.

قالوا لنابغة:

يا دار مَيَّةَ بالعلياء فالسّند   أَقْوَت وطالَ عليها سالفُ الأمد

=

(٥٤/١١)، المغني (٢٨٦/١١، ٢٨٧).

(١) الإفصاح (٢٦٦/٢)، انظر: الهداية (٣٧٠/٢).

قلنا: يسمى مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ليست بدار وإنما يعني فضاء ولأنه يسمى داراً بعد ما صارت بستانا ودكانا وسوقاً ولا يحنث ويسمى بيتاً بعد الانهدام قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً بِمَا ظَلَمُوا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (النمل:٥٢).

مسألة: إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها بكراً لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه دخل داراً لا يملكها المضاف إليه الدار فلا يحنث كما لو كان وكيلاً في بيعها ولأنه يمين معقودةٌ على غير مضافة إلى غيره فلا يدخل فيه ما هو معه بالإجارة كما لو حلف لا يلبس ثوبه أو لا يستخدم عبده ولأن إطلاق الإضافة يقتضي الملك ولهذا حمل على ذلك في الدعوى والإقرار والشهادة فحمل عليه في اليمين.

قالوا: الدار يضاف إلى الساكن والمالك ولهذا قال الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ (الطلاق: من الآية١) ويقول داري في الموضع الفلاني وإن كانت معه بكراً.

قلنا: هذا يبطل بالثوب والدابة.

قالوا: القصد مغايظته.

قلنا: يبطل بالثوب والدابة.

مسألة: إذا حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها فلم يخرج حنث في أحد القولين (١).

وقال أبو حنيفة: لا يحنث (٢).

لنا: أن ما استوى ابتداؤه واستدامته في التحريم استويا في الحنث في اليمين كلبس الثوب وركوب الدابة.

قالوا: الدخول اسم للانتقال من حال إلى حال فلم يحنث بالاستدامة كما لو حلف لا يتزوج وهو متزوج أو لا يتطهر وهو متطهر أو لا يتطيب وهو متطيب، والدليل على الوصف أنه لا يقال لمن قعد في دار شهراً ادخلها شهراً .

قلنا: يبطل بالركوب والملبس والنكاح والطهارة والطيب لا يستوي ابتداؤها

(١) الإفصاح (٢/٢٧١)، ووافق الشافعية مالك. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١٤٦)، روضة الطالبين (١١/٨٩).

(٢) الإفصاح (٢/٢٧١)، ووافق الأحناف الشافعي (في القول الآخر) روضة الطالبين (١١/٨٩).

واستدامتها في التحريم ولهذا يجوز استدامة النكاح في العدة ولا يجوز ابتداؤه ويجوز استدامة الطهارة بالماء المغصوب ولا يجوز ابتداؤها ويجوز استدامة الطيب مع الإحرام ولا يجوز ابتداؤه وهاهنا بخلافه.

مسألة: إذا قال والله لاساكنت فلاناً في هذه الدار فاقتسماها وجعلا بينهما حائطاً وباباً فسكن كل واحد منهما في طابقه لم يحنث [١].

وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين: يحنث [٢].

لنا: هو أنه لم يساكنه في دار واحدة لأنها صارت دارين فلم يحنث كما لو سكن في دار بجنبه.

قالوا: هو دار واحدة وإن قسمت دارين كما يقال دار كعب وإن جعلت مساكن.

قلنا: بل صارت دارين ويقال دار كعب على وجه المجاز ولهذا يسمى به بعد ما صارت دكاكين ولا خلاف أنه لا يحنث بعد ما صارت دكاكين.

مسألة: إذا قال لا ركبت دابة فلان فركب دابة جعلها برسم عبده حنث.

قال أبو حنيفة: لا يحنث.

لنا: هو أنه يملكها المضاف إليه فأشبه سائر دوابه، ولأنه لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً جعلها برسم عبده حنث فكذلك هنا.

قالوا: الدابة لا يضاف إليها في العادة.

قلنا: لا نسلم بل يضاف إليها، ثم يبطل بالدار التي جعلها برسمه.

مسألة: إذا حلف يركب دابة العبد فركب ما جعلها المولى برسمه لم يحنث.

قال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه لا يملكها فأشبه إذا حلف لا يركب دابة فلان فركب ما هو سايس لها.

قالوا: ركب ما هو برسمه فأشبه دابة المكاتب.

قلنا: إلا أنه ليس في ملكه وفي الأصل وجهان إن كانت كما في يده ولهذا لا يجب زكاته على مولاه بخلاف ما في يد العبد.

مسألة: إذا حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيت شعر حنث.

وقال أبو حنيفة: إن كان حضريًّا لم يحنث.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٧٢)، ووافق الشافعية أحمد انظر: المغني (١١/٢٧٢)، المغني (١١/٢٧١).

(٢) الإفصاح (٢/٢٧٢)، المغني (١١/٢٧١).

لنا: أن ما حنث به البدوي حنث به الحضري كالبيت المعين ولأنه بيت للإيواء والسكنى فأشبه بيوت المدر.

قالوا: لا يسمون الحاضر بيتاً بل يسمونه خيمةً وخباءً.

قلنا: بل يسمونه بيتاً، ولأن ما لا يستعملونه فهو كخبز الأرز لا يؤكل في أكثر البلاد ثم يحنث به وإنما يقولون خيمة وخباءً عند التمييز كما يقولون دار وحجرة وبيت ومخدع.

مسألة: إذا حلف لا يأكل هذا الدقيق فاستفَّه حنث.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث.

لنا: أنه أكل المحلوف عليه مع بقاء الاسم فأشبه إذا حلف لا يأكل هذه الحنظلة فأكلها على جهتها.

قالوا: الدقيق لا يؤكل على جهته فأشبه إذا حلف لايلبس هذا الغزل فلفه على يديه.

قلنا: الحنظلة لا تؤكل على جهتها حتى تغلى أو تطبخ كما لا يؤكل الدقيق حتى يحمص ثم يحنث بأكلها والغزل غير مسلم وإن سلم فلأن الغزل لا يلبس على جهته والدقيق يؤكل.

مسألة: إذا خبز الدقيق المحلوف على أكله فأكله لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه زال عنه اسم المحلوف عليه فأشبه إذا حلف على الحنطة ثم طحنها وخبزها وأكل، ولا يلزم إذا حلف لا يأكل هذا الجمل فصار كبشاً فإنه لا يحنث في أظهر الوجهين ودليلهم الغزل وقد أجبنا عنه.

مسألة: إذا حلف لا يأكل اللحم فأكل الكبد والطحال لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: أنه لا يسمى لحماً فأشبه الشحم والكرش والرئة والسمك.

قالوا: يباع مع اللحم.

قلنا: لا يباع إلا على وجه الغش فهو كالعظم ثم يبطل من حلف لا يأكل الرطب فأكل البسر.

قالوا: يصلح منه ما يصلح من اللحم.

قلنا: لا يصلح منه الهريسة ثم يبطل بلحم السمك والباذنجان.

مسألة: إذا حلف لا يأكل إداماً فأكل اللحم والبيض والجبن حنث.

قال أبو حنيفة: لا يحنث.

لنا: قوله ﷺ «**سيد إدام الدنيا والآخرة اللحم**» ولأنه يؤكل بالخبز غالباً فأشبه ما يصطبغ به.

قالوا: روي عن عائشة أنها قالت: دخل عليٌّ رسول الله والبرمة تفور بلحم وإدام من أدم البيت.

قلنا:المراد به إدام غيره كما يقول عندي هريسة وطبيخ.

قالوا: لا يصطبغ به فأشبه التمر والرمان.

قلنا: التمر والرمان أدم وإن سلم فالمعنى فيه وفي الرمان أنه لا يؤتدم به الخبز في العادة وهذا بخلافه.

مسألة: إذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل رطباً أو عنباً أو رماناً حنث (١).

وقال أبو حنيفة: لا يحنث (٢).

لنا: أنه يتفكّه به في العادة فأشبه غيرها ولأنه ثمرة شجر فأشبه سائر الثمار فإن احتجوا بقوله عز وجل ﴿**فِيهَا فَاكِهَةٌ وَالنَّخْلُ ذَاتُ الأَكْمَامِ**﴾ (الرحمن:١١).

قلنا: قال يونس النحوي الرمان والنخل من أفضل الفاكهة وإنما أفردها لفضلها كما أفرد جبريل وميكائيل فقال تعالى ﴿**مَنْ كَانَ عَدُوّاً لِلَّهِ وَمَلائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ فَإِنَّ اللَّهَ عَدُوٌّ لِلْكَافِرِينَ**﴾ (البقرة:٩٨).

مسألة: إذا قال والله لا أشرب من دجلة حنث بشرب مائها.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث حتى يكرع فيها.

لنا: هو أنه علق اليمن على ما ليس بآلة للشرب فتعلق الحنث بالمشروب فيه كما لو حلف لا يشرب من ماء النهر ولأنه لو حلف لا يأكل من هذه النخلة ولا يشرب من هذه البئر فعلق الحنث بالمأكول والمشروب فكذلك هاهنا.

قالوا: إذا أمكن الحمل عن الحقيقة لم يحمل على غيرها كما لو حلف لا يشرب من الكوز.

قلنا: يبطل له إذا حلف لا يأكل الدقيق أو لا يشم البنفسج فإنهم لم يحملوه على الحقيقة مع الإمكان ولأن المجاز المستعمل أوْلى من الحقيقة التي لا يستعمل ويخالف الكوز

---

(١) الإفصاح (٢/٢٧٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المرجع السابق.

(٢) الإفصاح (٢/٢٧٠)، الهداية (٢/٣٦٦).

فإنه آلة للشرب في العادة فجهل مقصود اليمين كالأكل من الطبق وهذا ليس بآلة للشرب فجعل المقصود هو المشروب كالأكل من النخل.

مسألة: إذا قال والله لا شربت ماء هذا النهرلم يحنث بشرب بعضه في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه تناول يعطي ما حلف عليه فأشبه إذا حلف لا يشرب ماء هذا الحب فشرب بعضه.

قالوا: العرف في هذا شرب البعض فلم يحمل على الكل كما لو حلف لا يأكل الرؤوس.

قلنا: العرف في أسماء الرؤوس أن يراد به البعض والعرف في اسم الماء أنه اسم للجميع فحمل على الكل.

قالوا: شرب الجميع لا يمكن فحمل على البعض كما لو حلف ليتصدقن على المساكين.

قلنا: يبطل بمن حلف ليصعدن السماء فإنه لا يحمل على ما يمكن من صعود جبل والمساكين قد تقرر لهم في الشرع عرف في البعض وهو في الصدقات ولم يتقرر للماء عرف في البعض فحمل على الكل.

مسألة: إذا حلف لا يأكل هذه الرمانة إلا حبة أو حبتين لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه لم يأكل جميع الرمانة فأشبه إذا ترك ثلثها.

قالوا: من أكل هذا يقال أكل رمانة فحنث وكما لو أكل الجميع.

قلنا: يقال ذلك مجازاً كما يقال لمن شرب ماء الحب قد شرب الماء كله ثم لا يحنث.

مسألة: إذا حلف لا يأكل مما اشتراه زيد فأكل مما اشتراه زيد وعمرو معاً لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه لم يتناول ما انفرد زيد بشرائه فأشبه إذا قال لا لبست مما اشتراه زيد فليس ما اشتركا في شرائه.

قالوا: نصفه اشتراه زيد فصار كما لو انفرد بشرائه ثم خلطه بما اشتراه عمرو.

قلنا: إلا أن اليمين يقتضي ما انفرد بشرائه وذلك لم يوجد وأما الأصل فإنه أن أكل النصف فما دونه لم يحنث وعلى قول أبي إسحق يحنث إذا أكل لأنه مما انفرد بشرائه وهذا بخلافه.

مسألة: إذا حلف لا يشم البنفسج فشم دهنه لم يحنث [1].

وقال أبو حنيفة: يحنث [2].

لنا: هو أنه اسم للورق فلم يحنث بشم دهنه كماء الورد.

قالوا: في الكوفة يسمى الدهن بنفسجاً.

قلنا: يقال ذلك على جهة الاختصار وحذف المضاف والحقيقة ما ذكرنا.

مسألة: إذا حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه عقد فحمل إطلاق اليمين فيه على الصحة كالنكاح ولأنه في عرف الشرف اسم للصحيح فحمل عليه كالصوم والصلاة.

قالوا: بيع يقع به الملك فهو كالصحيح.

قلنا: لا يقع به الملك فإن الملك يقع به عندهم بعد القبض ويحنث عندهم بنفس العقد والمشروط فيه الخيار يحنث به ولا يقع به الملك فدل على أنه لا اعتبار بالملك ولأن النكاح الفاسد أيضاً يوجب أحكام الصحيح ثم لا يحنث به.

مسألة: إذا حلف لا يتزوج أولا يطلق فوكل فيه لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه حلف على فعله فلم يحنث بفعل غيره كالبيع والإجارة.

قالوا: الأحكام تتعلق بالموكل فصار كما لو تولاه.

قلنا: إلا أن اليمين انعقدت على العقد لا على الأحكام ولأن شرط العقد يتعلق بالوكيل كالإشهاد والقبول في مجلس العقد.

قالوا: يقال تزوج فلان وإن عقد له الوكيل.

قلنا: هذا مجاز كما يقال باع فلان وإن باع الوكيل ثم لا يجب.

قالوا: القصد أن لا يحصل له زوجة.

قلنا: بل قصده أن لا يحصل له بفعله كما نقول في البيع.

مسألة: إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لم يحنث.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٧١)، انظر: روضة الطالبين (١١/٨٥).

(٢) الإفصاح (٢/٢٧١)، ووافق الأحناف مالك وأحمد. انظر: الاختيار (٣/٢٤٨)، المغني (١١/٢٥٧).

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يحنث بالإيجاب فيه دون القبول كالبيع.

قالوا: الهبة هي الإيجاب فحنث به دون القبول كالإباحة.

قلنا: بل الهبة هي الإيجاب والقبول بخلاف الإباحة.

مسألة: إذا حلف لا يهب فتصدق حنث.

قال أبو حنيفة: لا يحنث.

لنا: هو أنه تبرع بتمليك عين في حال الحياة من غير عوض فأشبه إذا يحله أو أعمره ولأن الهبة اسم لأنواع يختص كل واحد منها باسم فما كان لله تعالى فهو صدقة وما كان لصلة الرحم فهو يحله وما خص به حال الحياة فهو عمرى فأيما فعل حنث كما لو حلف لا يطلق حنث بالرجعي والبائن والخلع.

قالوا: يخالف الهبة اسماً وحكماً فأشبه الوقف والوصية.

قلنا: إنما خالف في الاسم والحكم لأنه اسم لنوع من الهبات كعطية الابن يخالف عطية غيره في الاسم والحكم ثم يحنث بها والخلع خالف غيره في الاسم والحكم ويحنث به إذا حلف لا يطلق والوقف إن قلنا أنه ينتقل إلى الموقوف عليه حنث وإن قلنا إلى الله تبارك وتعالى لم يحنث لأن ذلك إتلاف فهو كالعتق وهذا تمليك فهو كالعمرى والتمليك في الوصية بعد الموت ولا حنث بعد الموت بخلاف هنا.

مسألة: إذا حلف لا يتسرى لم يحنث إلا بتحصين الجارية والإنزال والوطء.

وقال أبو حنيفة: يحنث بالتحصين الوطء.

لنا: هو أنه لم يتخذها لطلب الولد فأشبه إن لم يحصنها ولأن التسري في العرف لانتفاء الولد ولهذا يعتبر فيه التحصين ليحفظ النسب عن الاختلاط فاعتبر فيه الإنزال.

قالوا: كل حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام.

قلنا: في سائر الأحكام لا يعتبر التحصين وهاهنا يعتبر.

قالوا: التسري مأخوذ من السرور وهو أن يتخذها أسرى جواريه وقد حصل ذلك بالوطء.

قلنا: هذا حجة لنا لأنه لا تصير أسرى جواريه إذا لم يتبع بها الولد، ولأنه وإن كان في الأصل اسما لما ذكروه إلا أنه بالعرف صار اسمًا لما ذكرناه فوجب أن يحمل اليمين عليه.

مسألة: إذا حلف لا يستخدمه فخدمه وهو ساكت لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه حلف على ترك فعله فلا يحنث بفعل غيره كما لو حلف لا يبيع فباع غيره أو لا يفارق غريمه فهرب منه.

قالوا: سكوته كالإذن كما قلنا في نكاح البكر.

قلنا: في أكثر المواضع لم يجعل كالأذن كبيع ماله وإتلافه، ثم اليمين وقعت على طلبه للخدمة فلا يحنث بما يقوم مقامه عند العجز كما لو حلف لا يكلمه فأشار أو حلف لا يتوضأ فيتمم لم يحنث.

مسألة: إذا حلف لا يضربها فنتف شعرها لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه لا يقع عليه اسم الضرب فأشبه الشتم.

قالوا: يحصل به إيلام البدن فأشبه الضرب.

قلنا: يبطل بالشتم.

مسألة: إذا حلف الرجل لا يلبس حلياً فلبس خاتماً حنث.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث بخاتم الفضة.

لنا: هو أنه مصوغ يتزين بلبسه فأشبه إذا كان من الذهب.

قالوا: لا يقال لمن يتختم في العادة لبس حلياً.

قلنا: كما يقال في خاتم الذهب.

مسألة: إذا حلفت المرأة لا تلبس حلياً فلبست مخنقة لؤلؤ حنثت.

وقال أبو حنيفة: لا تحنث.

لنا: قوله تبارك وتعالى ﴿**يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤاً**﴾ (الحج: من الآية ٢٣) ولأن ما كان حليًّا مع الذهب كان حليا وحده كالفضة.

قالوا: لا نعرف إلا بالجوهر ولا نسوقه إلا بسوق الجوهرة.

قلنا: ولا نعرف في غيره أيضاً سوق الحلي،وإنما يقال سوق الصاغة ثم هو حلي.

مسألة: إذا حلف أنه لا مال له ولا دين حنث ومن أصحابنا من قال لا يحنث إلا بالحال.

قال أبو حنيفة: لا يحنث بحال.

لنا: هو أنه ينعقد عليه حول الزكاة فأشبه العين.

قالوا: حق مطالبة فلم يكن مالا كالأخذ بالشفعة.

قلنا: بل له حق مال ولهذا يجب فيه الزكاة بخلاف الشفعة فإنه لا يملك مالا قبل أن يقضى له ولهذا لا يجري في الحول قبل الأخذ.

مسألة: إذا حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: إذا قرأ في غير الصلاة حنث.

لنا: هو أن ما لا يكون كلاماً في الصلاة لم يكن كلاماً في غير الصلاة كالإشارة.

قالوا: القرآن كلام فهو كغيره.

قلنا: يبطل به إذا كان الصلاة والمعنى في الأصل أنه يسمى كلاماً في العادة وهذا لا يسمى كلاماً في العادة فصار كما لو حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل السمك.

مسألة: إذا حلف لا يكلم فلاناً ثم كلمه متصلاً باليمين حنث [1].

وقال أبو حنيفة: لا يحنث باليسير منه كقوله اذهب وابعد [2].

لنا: هو أن ما حنث به إذا فصله عن اليمين حنث به إذا وصله كالكبير وكما لو حلف على فعل غير الكلام.

قالوا: من تمام اليمين فهو كالاستثناء.

قلنا: الاستثناء من اليمن وهذا مخالفه وحنث.

مسألة: إذا حلف لا يكلم فلاناً فراسله أو كاتبه أو أشار إلى الكلام حنث في قوله القديم.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث.

لنا: قوله تبارك وتعالى ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلاّ وَحْياً﴾ (الشورى: من الآية٥١)، وقوله: ﴿ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلاّ رَمْزاً﴾ (آل عمران: من الآية٤١)، ولأنه وضع لإفهام قوم فأشبه الخطاب باللسان ولأنه يقع به الطلاق فأشبه النطق.

قالوا: ليس بكلام في الحقيقة ولهذا يصح نفيه.

قلنا: المجاز إذا كثر استعماله صار كالحقيقة ثم يبطل بالسمسم فإنه ليس بحقيقة في الدهن ثم يحنث به عنهم.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٨)، المغني (١١/٣٠٣).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٨)، ووافق الأحناف أحمد. انظر: الاختيار (٣/٢٣٧)، المغني (١١/٣٠٢).

قالوا: لا يخرج به من الهجرة.

قلنا: إن كانت عادية بالمكاتبة خرج من الهجرة، ثم بالشتم لا يخرج به من الهجرة ويحنث به.

مسألة: إذا حلف لا يكلمه حياً أو زماناً أو دهراً بر بأدنى مدة.

وقال أبو حنيفة: الحين والزمان ستة أشهر ودهراً لا أدري ما هو.

لنا: هو أنه يقع على القليل والكثير ولهذا قال في موضع ﴿وَمَتَاعٌ إِلَى حِينٍ﴾ (الأعراف: من الآية٢٤) وأراد الثلث، وقال في ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾، وأراد الزمانين وقال في موضع ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ﴾ (الإنسان: من الآية١)، وأراد زمان الفترة وقال في موضع ﴿وَمَتَّعْنَاهُمْ إِلَى حِينٍ﴾ (يونس: من الآية٩٨)، فصار كالوقت.

فإن احتجوا بقوله عز وجل ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا﴾ (إبراهيم: من الآية٢٥) والمراد به ستة أشهر.

قلنا: في هذا الموضع أراد به ستة أشهر وليس فيه أنه لا يستعمل في غيره.

مسألة: إذا حلف لا كلمتك حقبا بر بأدنى مدة.

وقال أبو حنيفة: هو ثمانون سنة.

لنا: هو أنه لا حد له في شرع ولا لغة فبطل توقيتهن فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿لابِثِينَ فِيهَا أَحْقَاباً﴾ (النبأ:٢٣)، قال أهل التفسير:ثمانون سنة.

قلنا: لعل في هذا الموضع أراد به ذلك ولا يمنع هذا من حمله على أقل منه.

مسألة: إذا حلف لا يصلي فأحرم بالصلاة حنث.

قال أبو حنيفة: لا يحنث حتى يسجد سجدة.

لنا: هو أنه يسمى مصلياً فأشبه إذا سجد ولأنه عبادة حلف على تركها فحنث بالشروع فيها كما لو حلف على ترك الصوم.

قالوا: لم يأت بجنس أفعال الركعة.

قلنا: وإذا سجد لم يأت أيضاً بجنس أفعال الصلاة، لأنه بقي عليه جلوس التشهد ثم يحنث، قالوا: ما دون السجدة لا حكم له.

قلنا: بل له حكم لأنه يحرم عليه ما يحرم على المصلين ويدرك به الجمعة عندهم

والجماعة وصلاة المقيم والإجماع.

مسألة: إذا حلف لأقضين دينك فأعطاه عوضاً لم يبرّ.

وقال أبو حنيفة: يبرّ.

لنا: هو أنه أعطاه غير جنس حقه فلم يبر بما يضمنه من البراءة كما لو صالحه على عوض.

قالوا: إذا أعطاه به عوضاً مثل ذلك الذي عنا في ذمته فيكون قاضياً لدينه بمثله.

قلنا: لا نسلم بل يسقط الدين عنه بما أعطاه من العوض كما يسقط بما صالحه به عنه.

مسألة: إذا قال لامرأة إن خرجت إلا بأذني فأنت طالق فأذن لها مرة بر في اليمين.

وقال أبو حنيفة لا يبر.

لنا: هو أن قوله خرجت لا يقتضي أكثر من مرة واحدة فصار كقوله إن خرجت مرة إلا بإذني فأنت طالق والدليل على الوصف أنه لو قال إن خرجت فأنت طالق لم يقتضِ أكثر من مرة واحدة، فإذا قال إلا بإذني رجع إلى الخروج المذكور فيصير تقديره إن خرجت مرةً إلا بإذني فأنت طالق، ولأنه لو اقتضى التكرار لوجب إذا خرجت مرةً بغير الإذن ثم خرجت مرة أخرى بغير الإذن أن يتكرر الحنث كما لو قال كلما خرجت إلا بإذني فأنت طالق.

قالوا: القصد بهذه اليمين النهي عن الخروج بغير الإذن فوجب أن يحمل على العموم في كل خروج كما يقول في نبي الله تبارك وتعالى عن الخروج بغير إذن الزوج.

قلنا: في ذاك لو خرجت مرة بغير الإذن لم يسقط النهي ولو خرجت هاهنا بغير الإذن سقطت اليمين، ولأن ذاك بلفظ النهي فاقتضى التكرار فهو كقوله لاتزنوا وهذا بلفظ الشرط والجزاء فهو كقوله إن زنيت فأنت طالق.

مسألة: إذا أذن لها وهي لا تعلم فخرجت لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: هو أنه إسقاط لحقه فلا يعتبر في علمها كالإبراء من الديون ولأنها خرجت بعد وجود الإذن فأشبه إذا علمت.

قالوا: الإذن يتضمن الإعلام في قوله ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ﴾ (التوبة: من الآية٣) .

قلنا: لا يتضمن الإعلام لأن الإذن هو الإباحة من قولك أذن بأذن إذا أباح وذاك من

قولك أذن يؤذن إذا علم.

قالوا: ما افتقر إلى الإذن اعتبر فيه علم المأذون كإذن الله عز وجل.

قلنا: يبطل به إذا أنفذ غلامه ليستعير له دابة إلى الحيرة فاستعارها إلى المدينة فركبها إلى المدينة وهو لا يعلم فإنه لا يضمن عندهم وإن لم يعلم بذلك وكذلك إذن الله تعالى يثبت حكمه من غير علم وهو إذا أذن في قتل فقبل المأذون وهو لا يعلم فإنه لا يضمن.

مسألة: إذا قال هذا الطعام عليَّ حرام لم يلزمه شيء وإن قال هذه المرأة أو هذه الأمة عليَّ حرام وأراد تحريمها لزمه كفارة بنفس اللفظ.

وقال أبو حنيفة: يكون يميناً في الجميع فإذا انتفع لزمه الكفارة.

لنا: هو أن ما لا يحرم بلفظ التحريم بحال لم يتعلق الكفارة فيه بلفظ التحريم كالبيان، ولأن وصف الطعام بما يقتضي المنع لا يؤثر في إيجاب الكفارة كما لو قال هذا الطعام كالميتة ولحم الخنزير، والدليل على أنه ليس بيمين أنه قول عبربه عن اسم الله تعالى وصفته فلم ينعقد به يمين كقوله والنبي والكعبة، ولأن عندهم لو قال الحل عليّ حرام أم ولم يكن له نية لم يدخل فيه إلا الطعام والشراب ولو كان ذلك يميناً لتعلق بجميع الأموال ولأن عندهم لو قال هذه الرمانة عليَّ حرامٌ فأكل منها حبة وجب عليه الكفارة ولو كان ذلك يميناً لما حنث بأكل الجميع كما لو قال والله لا أكلتها.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ حرم على نفسه العسل، وروي أنه حرم مارية فأنزل الله تعالى ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ (التحريم: من الآية٢).

قلنا: الصحيح أنه نزل في تحريم مارية حين اجتمع معها في بيت حفصة قال لها اكتمي وقد حرمتها وفي الآية يجب كفارة اليمين وليس في الآية أن ذلك يمين.

قالوا: حرم ما يتعلق به بقاء العالم فتعلقت به الكفارة كالبضع.

قلنا: حرمة البضع آكد ألا ترى أنه لا يستباح بالبدل والطعام يستباح ولأن البضع لو شبهه بمحرم وهي الميتة لم تجب، ولأن البضع يمكن تحريمه بهذا اللفظ بنية الطلاق أو بنية العتاق فإذا عدل إلى التحريم سواه غلظ عليه بالكفارة والطعام لا يمكن تحريمه بهذا اللفظ فهو كالثياب .

قالوا والدليل على أنه يمين أنه يتعلق به كفارة اليمين فأشبه قوله والله لا انتفعت.

قلنا: يبطل بقوله إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أخذ ما يكفر به في اليمين، ولأن الجماع في رمضان تجب به كفارة الظهار وليس بظهار.

مسألة: إذا قال علي نذر أو يمين لم يكن ذلك يميناً.

وقال أبو حنيفة: هو يمين.

لنا:أنه ليس فيه اسم الله تعالى ولا صفة من صفاته فأشبه إذا قال:والنبي والكعبة،ولأن النذر واليمين جنسان مختلفان اسماًوحكماً،ألا ترى أن الملك في النذر يجب بالموافقة وفي الدين بالمخالفة ويختص النذر بالطاعة واليمين لا يختص،والمال في النذر يجب بإيجابه وفي اليمين بالشرع.

قال: ينعقد أحدهما بلفظ الآخر، ولأن قوله عليَّ يمين يحتمل الإخبار ويحتمل اليمين بالطلاق والعتاق فلا يجعل يميناً بالله عز وجل.

قالوا: إذا انعقد اليمين بقوله بالله واليمين في ضمنه فلأن ينعقد بصريح اللفظ أولى .

قلنا:ذاك صريح في اليمين بالله تعالى وهذا محتمل.

مسألة: إذا حلف على ترك مباح لم يصر ذلك محرماً.

وقال أبو حنيفة: يحرم عليه.

لنا:أن ما ثبت له حكم بالشرع لم يتغير باليمين كما لو حلف على فعل معصية.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿وَلا تَنْقُضُوا الأيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ (النحل: الآية ٩١) قلنا: نحمله على ما يجب تركه، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ (المائدة: من الآية٨٩).

قلنا: لعله أراد أن لا يحلف كما قال الشاعر:

قليل ألا يا حافظ ليمينه وإن بدرت منه برت الألية

مسألة: إذا فعل المحلوف عليه ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً لم يحنث في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يحنث.

لنا: قوله ﷺ: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»، ولأن ما لا يمكن الاحتراز به في يمين مطلقة كلبس ما حلف على ترك لبسه في حال النزع ولأن اليمين يحمل على العرف ولهذا لو حلف على الرؤوس لم يحمل إلا على رؤوس الأنعام والعرف أنه لا يحلف على الامتناع من الشيء إلا في حالة الذكر والاختيار فصار كما لو شرط، ولأن النسيان لا يدخل في التكليف فلم يدخل في اليمين كالفعل في حال الجنون وإذا لم يدخل في اليمين لم يجز أن تعلق به الكفارة.

قالوا: أوجد الفعل المحلوف عليه فأشبه إذا فعله عمداً.

قلنا: لا نسلم فإن المحلوف عليه الفعل في حال الذكر ثم العامد قصد إلى المخالفة فهو كالمجامع في رمضان عمداً وهذا كالمجامع سهواً، ولأن العمد قصد منع نفسه باليمين والسهو لم يقصد منع نفسه باليمين ولهذا قالوا: فيمن قال والله لأقتلن فلاناً وهو يعلم أنه ميِّت أنه تجب عليه الكفارة به وإن لم يعلم أنه ميت لم تجب.

قالوا: كفارة تجب مع الشبهة فجاز أن تجب مع السهو وكجزاء الصيد.

قلنا: قضاء الصوم يجب مع الشبهة وهو إذا ظن أنه ليل فأكل ثم بان أنه نهار ولا يجب مع السهو، وجزاء الصيد يجب بالإتلاف وهذا لا يجب بالإتلاف فهو ككفارة الصوم.

قالوا: أمكنه أن يستثني فلما لم يستثن لزمه.

قلنا: إنما لم يستثن اكتفاء بالعرف في الأيمان والعرف يقوم مقام الشرط، ولأنه يجوز أن لا يشترط ويثبت له كالرد بالعيب في البيع والتحلل بالإحصار.

مسألة: يجوز التكفير بالمال قبل الحنث [1].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [2].

لنا: قوله ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: «**إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك**». والواو للجمع، وروي فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير وهذا نص ولأنه كفر بالمال عن اليمين بعد اليمن فأشبه الحنث ولأنه حق مال يتعلق بسببين يختصانه فإذا وجب أحدهما جاز تقدمه على الآخر كالزكاة ولأنه تكفير بالمال وجد سبب وجوبه فجاز ككفارة القتل وجزاء الصيد بعد الجرح على أن اليمين سبب أنه لو شهد شاهدان على رجل أنه قال عبدي حر إذا دخل الدار وشهد آخران أنه دخل الدار ثم رجعوا وجب عندنا الضمان على شهود اليمين والدخول وعندهم على شهود اليمين فدل على أنه سبب.

فإن قيل: لأن الموجب للعتق هو اليمين لأن العتق في لفظه.

قيل: وإيجاب الكفارة في الشرع أيضاً يعلقه على اليمين فلا فرق بينهما.

فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه**» عارضناه بما رويناه ثم يحمل ما رووه على الصوم وما

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٤)، انظر: كفاية الأخيار (٢/٢٥١).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٤)، الإفصاح (٢/٢٦٤)، الاختيار (٣/٢١٩).

رويناه على المال ليكون جميعاً بين اللفظين.

قالوا: كفارة يجب بالحنث فلم يجز قبله كالصوم والمال في اليمين معصية.

قلنا: يجوز أن يحلف المال والصوم كما قالوا في التمتع يجوز صومه قبل يوم النحر ولا يجوز هديه، ولأن الصوم حق في البدن فهو كصوم رمضان وهذا حق مال فهو كالزكاة في الحنث بمعصية وجهان وإن سلم فلأن تقديم الكفارة رخصة فلا يتعلق بالمعصية.

قالوا: كفارة لم يوجد سبب وجوبها فأشبه كفارة اليمين قبل اليمين وكذلك الصوم قبل الجماع.

قلنا: لا يسلم فإن اليمين سبب الوجوب، ثم يبطل بكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت ويخالف ما قبل اليمين فإنه لم يوجد سبب الكفارة القتل قبل الجرح وهذا كالكفارة بعد الجرح وكفارة الصوم أيضاً لم توجد سببها فإن الصوم ليس بسبب للكفارة بدليل يمنع من الجماع فلا يجوز أن يكون سبباً للكفارة واليمين لا يمنع الحنث ولأنا لو جوزنا تقديم الكفارة هناك لجعلنا ذريعة فعل المعصية ولا يوجد ذلك في اليمين.

قالوا: لتكفير الذنب ولهذا سميت كفارة ولا ذنب قبل الحنث فلا وجه للكفارة.

قلنا: به إذا فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً وكان الطاعة في الحنث.

قالوا: لو جاز التكفير قبل الحنث فخرج به المولي الإيلاء لأنه يمكنه أن يطأ ولا يلزمه شيء فيصير كما لو قال إن وطئتك فعبدي حر فمات العبد.

قلنا: الذمي يطأ ولا يلزمه شيء عندهم ثم يصح إيلاؤه، ولأن الإيلاء إنما يسقط إذا انحل بل حكمها باق فإذا وطئ وحنث وسقط الفرض بما أدى كما نقول في تعجيل الزكاة.

قالوا: اليمين ليست بسبب للكفارة لأنها تمنع من الحنث وما منع السبب الذي يجب عنده الكفارة لم يكن سبباً لوجوبها كالصوم.

قلنا: اليمين لا يمنع الحنث وقد بينا فيما تقدم.

قالوا: لو كانت سبباً مع الحنث لم تتنافيا كالحول والنصاب والجرح والموت.

قلنا: الظهار والعود يتنافيان ثم هما سببان في الكفارة.

قالوا: لو كانت اليمين سبباً للتكفير لم يقتصر إلى معنى آخر من جهته كالنصاب في الزكاة والجرح في كفارة القتل.

قلنا: يبطل بالظهار.

مسألة: يجوز العمامة والسراويل في الكسوة وفي القلنسوة وجهان [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك [(٢)].

لنا: قوله كسوتهم وهذه كسوةٌ قال عمران بن الحصين تجوز القلنسوة أرأيت لو قدم وفد على أمير فأعطاهم قلنسوة أما كان يقال كساهم ولأنه نوع كسوة فأشبه القميص.

قالوا: لا يزيل اسم العري ألا ترى أنه يقال لمن خرج بسراويل خرج عرياناً فأشبه الخف.

قلنا: هذا مجاز كما يقال لمن لبس قميصاً واحداً في الشتاء فلان عريان، والخف لا يقع على اسم الكسوة وهذا بخلافه.

قالوا: ولأنه لا يجزئ في الطعام إلا ما يكفيه فكذلك هذا.

قلنا في الظهار يجب عندهم فوق الكفاية وهو الصاع ويجزيه في الكسوة دون الكفاية وهو القميص وحده.

مسألة: إذا أطعم خمساً وكسا خمسة لم يجزه [(٣)].

وقال أبو حنيفة: يجزيه [(٤)].

لنا: أن الله عز وجل خير بين ثلاثة أشياء لأنه إذا كفَّر من جنسين فلم يجز كما لو أعتق بعض رقبة وأطعم ولأنه لو أخرج في صدقة الفطر نصف صاع تمر ونصف صاع شعير لم يجزه فكذلك هاهنا.

قالوا: القيمة تجوز عندنا في الكفارة وقد حصل ذلك بجنسين.

قلنا لا يجوز عندنا ولأنه يبطل به إذا خرج مدين بقيمة صاع.

مسألة: إذا كان له مالٌ غائبٌ لم يجز أن يكفر بالصوم.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه حق مال يجب على وجه الطهرة فلا تمنع الغيبة من وجوبه كالزكاة.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٧٤)، انظر: مغني المحتاج (٤/٣٢٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٧٤)، الاختيار (٣/٢١٨، ٢١٩٩.

(٣) الإفصاح (٢/٢٧٥)، ووافق الشافعية مالك. انظر/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١٣٣)، مغني المحتاج (٤/٣٢٩، ٣٣٠).

(٤) الإفصاح (٢/٢٧٥)، ووافق الأحناف أحمد. انظر/ المغني لابن قدامة (١١/٢٧٩)، العدة شرح العمدة (٤٨٥).

قالوا: عبادة ذات بدل فأشبه الوضوء وكفارة الظهار.

قلنا: الوضوء يضيق وقته بتضيق الصلاة فلا يحتمل التأخير ويلحق الضرر بتأخير كفارة الظهار لتأخير الاستمتاع ولا ضرر في تأخير كفارة اليمين فلم ينتقل منها إلى البدل.

مسألة: لا يجب التتابع في صوم كفارة اليمين.

وقال أبو حنيفة: يجب.

لنا: هو أنه نزل القرآن به مطلقاً فأشبه قضاء رمضان وجزاء الصيد ولأنه صوم قصرت بالشرع مدته فلم يكمل بالتتابع صفته كفدية الأذى، ولأنه صوم قد يجب بسبب مباح فأشبه ما ذكرناه .

فإن احتجوا بما روي عن ابن مسعود أنه كان يقرأ «**فصيام ثلاثة أيام متتابعات**».

قلنا: عندكم لا يثبت القرآن بخبر الواحد وعلى أن هذا قراءة تفسير لا قرآنًا كما قرأ أبي بن كعب (فعدة من أيام متتابعات) وقرأ ابن عمر (فإن خفتم فرجالاً أو ركباناً مستقبلي القبلة وغير مستقبليها).

قالوا: كفارة فيها عتق فوجب التتابع في صيامها ككفارة الظهار والقتل.

قلنا: ذاك مقيد بالتتابع وهذا يطلق بتردد بين أصلين بين ما قاسوا عليه وبين ما قسنا عليه فوجب إبقاؤه على أصله، أو يجب إلحاقه بأشبه الأصلين وهو ما ذكرناه ولأن ذاك لا يجب إلا بسبب محظور فغلظ، وهذا قد يجب عن سبب مباح ومندوب إليه فخفف ولأن ذاك بني على التغليظ ألا ترى أنه تجب مرتبة والصوم فيها شهران والطعام فيها بعدد الصيام وهذه بنيت على التخفيف فهو بفدية الأذى أشبه.

مسائل الإيلاء

مسألة: لا يقع الطلاق بمضي مدة الإيلاء [١].

وقال أبو حنيفة: يقع [٢].

لنا: قوله عز وجل: ﴿**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ**

---

(١) الإفصاح (٢/١٣١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٥٩٨-٥٩٩)، روضة الطالبين (٨/٢٥٥)، الكافي لابن قدامة (٣/١٦١، ١٦٢).

(٢) الإفصاح (٢/١٣١)، الهداية (٢/٢٩٠).

اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (البقرة:٢٢٦-٢٢٧) فجعل المدة للمولى فدل على أن ما عليه يكون بعدها كالأجل في الدين ولأنه قال: «**فإن فأووا**» والفاء للتعقيب، فدل على أن الفيئة بعد المدة، ولأنه قال «**وإن عزموا الطلاق**» ولا يصح العزم على فعل غيره، ولهذا لا يقال عزمت على مجيء المطر، ولأنه وصف نفسه بأنه سميع عليم وأقرب مذكور يسمع هو الطلاق، ولأنه قول لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل فلا يقع به مؤجل، كما لو قال والله لا وطئتها شهراً، ولأنه يمينٌ بغير الطلاق فأشبه ما ذكرناه، ولأنه حلف ولم يحنث فأشبه إذا حلف لا ينفق عليها، ولأنه طلاق جاهلي نقل في الشرع فلم يقع به طلاق كالظهار، ولأنه مدة لم يتقدمها إيقاع طلاق فلم يتعقبها وقوع طلاق كمدة الفيئة، ولأنه ليس بصريح ولا كناية لأنه لو كان ملك لافتقر إلى النية ولوقع الطلاق به في الحال كقوله أنت حرام فلم يقع به الطلاق كسائر الأقوال.

فإن احتجوا بالآية وأنه جعل المدة أربعة أشهر زيادة عليه ولأنه ضرب المدة للعنة فاقتضى أن تكون المدة كما قال أجلتك سنه فإن بنيت لي داراً أو عملت لي بستاناً أحسنت إليك.

قلنا: إنما جعل المدة للمولى وما للمولى لا يزيد على ذلك وأما بعد ذلك فهو وقت إليه وحق المرأة لاحق له فيه، وأما البناء فلا نسلم بل يقتضي أنها تكون بعد المدة ولوسلم فلأن ذاك عمل ممتد والفيئة غير ممتدة فهو كقوله بعتك بثمن إلى شهر فإن انقضت عاملتك فيكون القضاء بعد المدة.

قالوا: مدة تتعلق بالقول من جهة الزوج فيتعقبها البينونة كالعدة.

قلنا: يبطل بالظهار المؤقت ثم يقلب فلا يتعقبها طلقة من غير إيقاع كالعدة ثم القول في ابتداء مدة طلاق فاقتضى إلى البينونة وهاهنا يمين بالله عز وجل فلا يقتضي إلى البينونة كسائر الأيمان.

قالوا: مدةٌ يتعلق بها الطلاق إن لم يبطل فهو كقوله إن لم أطأك في هذه المدة فأنت طالق.

قلنا: في الأصل حلف بالطلاق وحنث وهاهنا حلف ولم يحنث فهو كما لو قال لا وطئتك شهراً ولم يطأ.

مسألة: طلاق المولى رجعي.

وقال أبو حنيفة: بائن.

لنا: هو أنه طلاقٌ صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فأشبه طلاق

المولى.

قالوا: الضرر لا يزول بالرجعي لأنه يراجعها.

قلنا: يبطل به إذا آلى امرأته وهي بنت عمه وهي صغيرةٌ فإن الضرر لا يزول عندنا بالطلاق البائن ثم لا يجب أكبر منه.

مسألة: إذا حلف على ترك الوطء أربعة أشهر لم يصر مولياً [(١)].

وقال أبو حنيفة: يصير [(٢)].

لنا هو أنه يمين لا يمنع بها الجماع فيما زاد على أربعة أشهر فأشبه إذا كان على أقل منها ولأن الفيئة عندنا بعد أربعة أشهر ومن شرطها أن يكون اليمين باقية ولا يوجد ذاك مع هذه اليمين.

قالوا: منع نفسه من الجماع أربعة أشهر باليمين فأشبه إذا زاد.

قلنا: هناك اليمين باقية عند وجوب الفيئة وهاهنا غير باقية.

مسألة: مدة إيلاء الأمة والحرة سواء.

وقال أبو حنيفة: مدة الأمة على النصف.

لنا: الآية لأنها مدة ضرب لجماع منقطع فاستوى فيها الحرة والأمة كمدة العنين.

قالوا: مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فأشبه مدة العدة.

قلنا: العدة جعلت لبراءة الرحم والعبادة والمغلب فيها جهة العبادة، ولهذا تجب ثلاثة أقراء، وبراءة الرحم تحصل بقرء واحد، وفي العبد تختلف الحرة والأمة والمدة هاهنا لدفع الضرر عن المرأة والأمة كالحرة في الصبر عن الجماع فلم يختلفا.

ولأن قياسه على العنين أولى لأنه مدة من صلب النكاح وجعلت لجماع مؤقت.

مسألة: إذا آلى من الرجعية لم يحتسب عليه المدة.

وقال أبو حنيفة: يحتسب.

لنا: هو أنها معتدة عن طلاق فأشبه إذا قال لها أنت بائن.

قالوا: صح إيلاؤه منها فاحتسب المدة من حين الإيلاء كغير الرجعية.

قلنا: هناك لها حق في الاستمتاع ولا حق للرجعية في الاستمتاع.

---

(١) الإفصاح (٢/١٣١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر/ الكافي لابن عبد البر (٢/٥٩٨-٥٩٩)، روضة الطالبين (٨/٢٥٥)، الكافي لابن قدامة (٣/١٦١، ١٦٢).

(٢) الإفصاح (٢/١٣١)، الهداية (٢/٢٩٠).

مسألة: إذا كان معذوراً بحبس أو مرض فمعذور فإذا زال العدد طولب بالفيئة.

وقال أبو حنيفة: يستأنف له مدة أخرى هو أنه أخر حقها للعدد فإذا زال العدد بالحق كالعسر بالدين إذا أيسر.

قالوا: وفاها حقها فأشبه إذا أوفاها بالطلاق.

قلنا: لانسلم بل وجدها بحقها بخلاف ما لو طلقها فإن هناك أوفاها أحد الحقين.

مسألة: إذا غابت أو نشزت لم تحتسب المدة عليه.

وقال أبو حنيفة: تحتسب.

لنا: أنها مدة ضربت لدفع الضرر بعقد الوطء فانقطعت بمرضها كمدة العنين.

قالوا: صح إيلاؤه فأشبه إذا لم تغب ولم تنشز.

قلنا: يبطل به إذا آلى منها أو أبانها في الحال، والمعنى في الأصل أن الإضرار بترك الوطء ولا حق لها هاهنا.

مسألة: إذا آلى من صغيرة ولم يحتسب المدة من حين الإيلاء.

وقال أبو حنيفة: تحتسب.

لنا: أنه لا يملك وطؤها فلا تحتسب عليه المدة كما لو آلى منها ثم أبانها ولأن المدة ضربت لإزالة الضرر ولا ضرر على الصغير.

قالوا: صح الإيلاء عنها فأشبهت الكبيرة.

قلنا: ينتقض بما قسنا عليه والمعنى في الأصل أنه يضر بها في ترك الوطء وهذه بخلافها.

مسألة: لا يصح إيلاء المجنون في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: هو أنه حلف على ترك مالا يقدر فأشبه إذا حلف لا يصعد السماء أو يشرب ما في الكوز ولا ماء فيه، ولأنه لا يصح الإضرار بالإيلاء فلم يصح إيلاؤه.

قالوا: يصح طلاقه فأشبه غيره.

قلنا: غيره يقدر على الجماع فصح بصده إلى الإضرار بتركه وهذا بخلافه.

مسألة: لا يصح الإيلاء بغير الله عز وجل في قوله القديم [١].

---

(١) الإفصاح (١٣٢/٢)، روضة الطالبين (٢٣٠/٨- ٢٣١).

وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا بالصلاة [(١)].

لنا: هو أنه يمينٌ بغير الله عز وجل فأشبه اليمين بالصلاة، ولأنه حكمٌ يختص باليمين فاختص باليمين بالله عز وجل كالكفارة، ولأنه آدمي حلف بعتق عبده أمكنه الوطء من غير حنث أن يتبعه ثم يطأ فلم يكن مخطئاً كما لو حلف لا يجامعها في هذا البيت.

قالوا: منع نفسه من وطئها مدة أربعة أشهر إلا بمال يلزمه فأشبه إذا حلف بالله تعالى.

قلنا: لا تأثير للمال فإنه لو حلف بالاعتكاف والصوم عندهم ثم اليمين بالله يستحلف بها في الدعاوى ويتعلق بها الكفارة وهذه بخلافها.

مسألة: يصح الإيلاء بالصلاة في قوله الجديد.

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

لنا: هو أن ما وجب بالنذر جاز أن يصير موليا بالحلف عليه كالصوم والحج.

قالوا: ما لا يجب باليمين ولا يجب بما يتعلق وجوبه باليمين لم يصر موليًا به كدخول الدار.

قلنا: ذاك لا يصح التزامه والصلاة يصح التزامها بالنذر فهو كالصوم والاعتكاف.

مسألة: إذا قال لا باضعتك لم يصر مولياً من غير نية.

وقال أبو حنيفة: يصير مولياً.

لنا: هو أنه يحتمل ألا يباشر عضو مني عضواً منك، ولأن البضعة هي القطعة من اللحم ولهذا قال ﷺ «**فاطمة بضعة مني**» فصار كقوله «**لا أصبتك ولا مسستك**».

قالوا: المباضعة في الفرج، لأن البضع هو الفرج فصار كقوله «**لا جامعتك ولا وطئتك**».

قلنا: بل البضع هو العضو وإنما يكنى به عن الفرج ويخالف ما قاسوا عليه فإن ذاك أصل به العرف فأغنى عن النية وهذا لم يتصل به العرف فوقف على النية.

مسألة: إذا قال لأربع نسوة والله لا أطأكن لم يصر مولياً حتى يطأ ثلاثًا.

وقال أبو حنيفة: في إحدى الروايتين يصير مولياً منهن.

لنا: أنه امرأة لم يطأها من غير حنث فلم يكن مولياً منها كما لو قال لامرأته وأجنبية والله لا وطئتكما.

---

(١) الإفصاح (١٣٢/٢)، الهداية للمرغيناني (٢٩١/٢).

مسألة: قالوا: منع نفسه من وطئهن باليمين في المدة فأشبه إذا قال والله لا وطئت كل واحدة منكن.

قلنا: هناك يحنث بوطء كل واحدة منهن تحريم الوطء من أحكام الكفارة لا من أحكام الظهار، ثم يعارضه أن الظهار هو أن لا يمسكها كأمة فإذا أمسكها صار عائداً فيما قال.

قالوا: الدليل على أن الكفارة لا تستقر في ذمته هو أنه معنى قصد به الإباحة فلا يثبت في الذمة كالرجعة والظهار.

قلنا: بل قصد به إسقاط الفرض وإنما جعل وقتها قبل الوطء فإن وطئ قبل التكفير فقد أخره عن وقته كصوم المتمتع وقت بالحج فإذا أخره عنه فقد أخره عن وقته ولهذا يصح في حال الردة وبعد الطلاق الثلث وإن لم يكن هناك استباحة بخلاف الرجعة والظهار.

قالوا: يجب لا من مستقبل فلم يكن مستقرًّا في الحال ككفارة القتل بعد الجرح وبعد الموت وكفارة اليمين قبل الحنث عندكم.

قلنا: لا نسلم بل يجب الظهار والعود وذلك سبب سابق فهو ككفارة القتل بعد القتل وكفارة اليمين بعد الحنث.

قالوا: الكفارة كالحدود ثم في الحدود ما يستقر وهو حد المرتد والمحارب فكذلك الكفارة.

قلنا: في الحدود ما يندب إلى إسقاطه بالسير والتوبة والرجوع عن الإقرار وليس في الكفارات ذلك.

مسألة: لا يجب تعين النية في الكفارة.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت عليه كفارتان من جنسين وجب التعين للأول منهما.

لنا: هو أنها كفارة فلم يفتقر إلى تعين سببها كما لو انفردت.

فإن قيل: المنفردة لا تشتبه بغيرها، والمجتمعة مع غيرها تشتبه ولهذا لا يفتقر الحج المنفرد إلى التعين ولو اجتمع مع عمرة افتقر.

قيل: الصلاة المنفردة لا تشتبه بغيرها ثم لابد من تعيينها والحج المنفرد يفتقر إلى تعين الحج في نيته كما يفتقر إذا اجتمع مع العمرة، ولأنهما كفارتان فلم يجب تعين النية لواحدة منهما كما لو كانتا من جنس واحد ولأنه لو وجب تعيين النية لوجب إذا لزمه كفارة ونسي عينها أن يعتق بعدد كل كفارة إذا لزمته صلاة ونسي عينها لزمه قضاء خمس

صلوات.

قالوا: عبادتان تجبان بسببين مختلفين فأشبه الصلاتين.

قلنا: الصلاتان وجبتا بسبب واحد لزمه تعين النية وهاهنا لا تجب ولأن هناك يجب تعين النية للثانية منهما وهاهنا لا يجب فيه فلم تجب للأولى، ولأن الصلوات تجب في أسباب شريفة وحرمات مقصودة فوجب تعين أسبابها والكفارات لأحداث لا جهة لها فلم يجب تعين أسبابها كالطهارات.

قالوا: لو لم يجب التعين لوجب إذا عين عن غير ما عليه أن يجزيه.

قلنا: يبطل بالكفارات المتفقة ويبطل بالمؤتم فإنه لو عين غير إمامه لم يجزه ثم لا يجب عليه تعين الإمام.

مسألة: لا تجزئ الرقبة الكافرة في الكفارة.

وقال أبو حنيفة: تجزئ في غير كفارة القتل.

لنا: هو أنه عتق في كفارة فأشبه كفارة القتل.

فإن قيل: القتل والظهار أصلان منصوصان فلا يقاس أحدهما على الآخر كالتيمم والوضوء في مسح الرأس والرجل والسرقة والمحاربة في قطع.

قيل: إنما نقيس في صفة الرقبة وهي منصوص عليها في أحدهما مسكوت عنها في الآخر وفيما ذكروه منع الإجماع ولا إجماع هاهنا فهو كاليد في التيمم على اليد في الوضوء في الاستيعاب إلى المرفق.

فإن قيل: القتل معصيةٌ مغلظةٌ فلا يقاس عليه الظهار.

قال: يقاس عليه الطهار.

قيل: إلا أنه سوى بينهما في الكفارة فدل على أن موجبهما في الكفارة واحد.

فإن قيل: الطعام يجزئ في الظهار ولا يجزئ في القتل.

قيل: في أحد القولين يجزئ ثم العتق فيهما واجبٌ فاستويا في صفته ككفارة اليمين والظهار يستويان في العتق وإن اختلفا في الكسوة ولأنه تطهير واجب بالشرع فلم يجعل الكافر محلا له كالزكاة، ولأنه منقوص بالكفر فأشبه الحربي والمرتد، فإن احتجوا بقوله جل وعز: ﴿قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (القصص: من الآية٣) وشرط الإيمان زيادة في النص فلا يجوز إلا بما يثبت به القرآن.

قلنا: بل تخصيص عموم كشرط النصاب والحرز في آية السرقة ولأنهم ناقضوا في شرط الفقر في سهم ذوي القربى.

قالوا: عتق وجب بنطق مطلق فأشبه المنذور.

قلنا: ليس بمطلق بل هو مقيد بالحمل على القتل ثم الصوم في كفارة اليمين وجب بنطق مطلق ثم أوجبوا فيه التتابع وفي النذر المطلق وجهان وإن سلم فلأن النذر يخالف الكفارة، والدليل عليه أن في صوم النذر لا يجب التتابع وفي صوم الكفارة يجب.

قالوا: رقبة كاملة الخلق والرق لم يؤخذ عن شيء منها عوض فأشبهت الفاسقة.

قلنا: تلك تجزئ في القتل وهذه لا تجزئ فهي كالعمياء.

مسألة: لا يجزئ الأقطع.

وقال أبو حنيفة: يجزئ.

لنا: هو أنه نقص يضر بالعمل ضرراً فأشبه قطع اليدين أو اليد والرجل من وفاق ولأن قطع الإبهامين يمنع فقطع اليد والرجل أولى.

قالوا: نقص لا يذهب به منفعة الجنس فأشبه المرض وقطع الخنصر.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه، ولأن الضرر إذا ظهر منع وإن لم يذهب بالجنس كالمعاصي إذا كثرت سقطت العدالة وإن لم يذهب باليدين رأسًا والمرض يتأخر به المنفعة ولا يبطل وقطع الخنصر لا يضر بالعمل فهو كالصحيح وهذا يضر بالعمل فهو كالعمى.

مسألة: تجزئ الخرساء في الكفارة.

وقال أبوحنيفة: لا تجزئ.

لنا: هو أنه كامل الدين والرق والعمل فأشبه الناطق.

قالوا: لا نطق له كالبهيمة.

قلنا: إلا أن الإشارة تقوم مقام النطق فهو كالأصم.

قالوا: فقد فيه منفعة الجنس فهو كالأعمى.

قلنا: يبطل بالمجبوب والخصي والأصم ونقص الأعمى يضر بالعمل والخرس لا يضر بالعمل فهو كالعور.

مسألة: لا يجزئ المكاتب في الكفارة.

وقال أبو حنيفة: يجزئ إذا لم يكن أدى من نحوه شيئاً.

لنا: هو أنه عقد عليه عقداً منع رجوع أرش الجناية إليه فأشبه إذا باعه ولأنه أبرأ عن مال الكتابة فلا يجزئ عن الكفارة كما لو أعتقه الوارث والدليل على الوصف أن يتبعها الكسب والولد.

فإن قيل: لو كان أبرأ لم يجز تعليقه بشرط.

قيل: جاز تعليقه لأنه بلفظ العتق كالخلع هو معاوضة ثم جاز تعليقه بالشرط لأنه بلفظ الطلاق يصح ولأنه مستحق العتق فأشبه عتق أم الولد.

والدليل على الوصف: أن يمنع البيع بحق العتق ولأنه عتق يقع بالكتابة فأشبه إذا قبض من أمته شيئًا.

فإن قيل: في الأصل يقع العتق على عوض.

قيل: إنما يصير عوضاً إذا قبض الجميع ولهذا لو عجز عن الباقي جاز له الفسخ في الجميع ولو كان ما قبضه عوضاً لم يفسخ في الجميع ولوجب أن يعتق بإزاء ما قبض.

قالوا: رقبةٌ كاملةُ الخلق، والرق لم يحصل عن شيء منها عوض فأشبه العتق بصفة.

قلنا: لا نسلم أنها كاملة الرق بل رقبة أنقص من رق أم الولد بدليل أنه يمنع لحق العتق من كل ما يمنع منه في أم الولد وزيادة بخلاف العتق بصفة فإنه لا يمنع من شيء من التصرفات لحق العتق.

قالوا: عقد لا يزيل الملك فأشبه الإجارة والبيع بشرط الخيار.

قلنا: إلا أنه جعل كالمزيل للملك في سائر الأحكام فكذلك في العتق في الكفارة بخلاف ما قاسوا عليه، ولأن هناك يستوي الأمر بين أن يقبض من العوض شيئاً وبين أن لا يقبض فليكن هاهنا مثله.

مسألة: إذا اشترى من يعتق عليه ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: يجزيه استحسانا.

لنا: هو أنه يقع من غير إعتاق فلم يسقط به فرض الكفارة كما لو ورثه، ولأنه عتق يستحق بسبب سابق فأشبه عتق أم الولد ولأن حرمة أم الولد بالولد فإذا لم يجب عتق أم الولد فعتق الولد أولى، ولأنه عتق مجازاة فأشبه إذا أعتق عبده على مال عن الكفارة ولأنه تأخرت نية الكفارة عن سبب العتق فأشبه إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرٌّ ونوى الكفارة عند الدخول، ولأنه أحد ما يكفر به فلم يجز أن يجعل الأب محلا له كالطعام.

فإن قيل: الطعام تمليك ولا يحصل التمليك التام في الدفع إلى الأب لأنه كالمنفي على ملكه لأن ماله كماله، ولهذا لا تقبل شهادته له والعتق إتلاف ولا يحصل الأب شيء من الرق ولهذا يجوز عتق عبده ولا يجوز إطعامه.

قيل: إن كان ذلك كالمنفي على ملكه فهذا كالمحصل في نفسه لأن نفسه كنفسه فلا يسقط الغرض ومخالف العبد فإنه يطعمه وهو عبده ويعتقه وليس بعبده وهاهنا يطعمه وهو أبوه ويعتقه وهو أبوه فاستويا.

واحتجوا بقوله جل وعز ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (النساء: الآية٩٢) والشراء تحرير بدليل قوله ﷺ «**لا يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكاً يشتريه فيعتقه**» ومعناه كما تقول أطعمته فأشبعته وسقيته فأرويته ومعناه فالإطعام والسقي ولأنه فعل يوجب العتق فجعل عتقاً كالجرح مما أوجب القتل جعل قتلاً ولهذا إذا اشترى نصف أبيه قوِّم عليه الباقي كما لو أعتقه.

قلنا: لا به حجة لأنها توجب التحرير وهذا لم يحرر وإنما سماه النبي ﷺ معتقا على التوسع والمجاز كما قال مارية أعتقها ولدها ويخالف القتل فإنه عبارة عن الفعل الذي يقتضي إزهاق الروح وذلك يحصل بالأسباب والتحرير عبارة عن إيقاع العتق بلفظ وضع له والضمان إنما وجب عليه لأنه سبب يجب عليه ضمان جارية أبيه وإن لم يكن العلوق من فعله ويجب على المكره على العتق عندهم وإن لم يكن معتقاً ثم يعارضه أنه لو كان ذلك تحرير الواجب إذا أكرهه على شراء أبيه فاشتراه وقبضه وعتق عليه أن يرجع بالضمان كما يرجع إذا أكرهه على الإعتاق ولوجب أن لا يجوز للوكيل بالشراء أن يشتريَ إياه كما لا يملك تحرير من يشتريه.

قالوا: قارنت النية سبب العتق من جهته في رقبة كاملة من غير عوض فأشبه إذا قال لعبده أنت حر.

قلنا: الشراء ليس بسبب للعتق بل هو سبب للملك، والعتق يزيل الملك فالشيء لا يجعل سبباً لضده كالنكاح لا يكون سبباً في وقوع الطلاق ولا نسلم أن الرقبة كاملة لأنها تدخل في ملكه أنقص من أم الولد بدليل أنه لا يملك منها شيئاً من التصرفات، ثم يبطل به إذا قال لعبده إن اشتريتك فأنت حر ثم نوى الكفارة عند الشراء ويخالف ما قاسوا عليه فإن هناك قارنت النية سبب العتق فهو كما لو نوى عند اليمين على الدخول وهاهنا قارنت النية شرط العتق فهو كما لو نوى الكفارة عند الدخول.

قالوا: اجتمع سببان أحدهما من فعل الآدمي والآخر من غير فعله فتعلق الحكم بفعل الآدمي كما لو حفر بئراً وهناك صخرة فتعثر بها إنسان ووقع في البئر أو وضع حجراً وحفر المطر حفرة فتعثر إنسانٌ بالحجر فوقع في الحفرة.

قلنا: الحكم الذي تعلق بفعل الآدمي في الأصل هو الضمان وذلك يتعلق بالعدوان وقد وجد ذلك من الآدمي وهاهنا الحكم سقوط العرض بالعتق ولم يوجد ذلك من الآدمي فلم يسقط العرض.

مسألة: إذا قال أعتق عبدك عن كفارتي ففعل أجزأه.

وقال أبو حنيفة: لا يجزيه.

لنا: هو أنه أعتق عبده عنه بإذنه وهما من أهل العتق فوقع العتق عن السائل كما لو كان بعوض ولأنه تكفير فجاز عن الغير من غير عوض كالإطعام.

فإن قيل: في الطعام المسكين وكيل له في القبض.

قيل: المسكين مجهول والوكيل لا يجوز أن يكون مجهولاً ولهذا لو قال لغريمه اشتر لي بما لي عليك شيئاً لم يجز، لأن البائع يصير وكيلاً له في القبض ما على الغريم وهو مجهول.

قالوا: هبة قبل القبض فلم ينفذ فيه عتق موهوب كسائر الهبات.

قلنا: بل هو هبة بعد القبض لأن العتق قبض ولهذا إذا أعتق المشتري قبل القبض جعل ذلك قبضاً، ولهذا كان بعوض استقر به العوض، والعوض لا يستقر إلا بالقبض ولأنه لو كان هبة قبل القبض لوجب إذا كان ببدل فاسداً أن لا يصح فإنه بيعٌ فاسدٌ والعتق لا ينفذ في البيع الفاسد قبل القبض ويخالف سائر الهبات فإنه لا يقع الملك فيها بلفظ الاستدعاء وهاهنا يقع، وفي سائر الهبات لا ينفذ العتق لأن الواهب لم يرض بذلك وهاهنا رضي حين أعتقه فهو كما قال في سائر الهبات أعتقه قبل القبض، ولأن هناك في العقد يعتبر اللفظ الذي وضع له بكذا في القبض هنا لا يعتبر اللفظ الذي وضع له فكذلك في القبض.

مسألة: إذا أعتق نصفي رقبتين عن كفارة أجزأه في أحد الوجوه ولا يجزئه في الوجه الثاني حتى يكون باقيهما حراً ولا يجزئه في الوجه الثالث بكل حال وهو قول أبي حنيفة.

لنا: هو أنه إحراز رقبة فأشبه إذا كان من رقبة واحدة ولأن الأشقاص كالأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير كالثمانين من الغنم بين نفسين.

قالوا: ما جاز صرفه لواحد لم يجز صرفه إلى اثنين كالطعام.

قلنا: يبطل بالشاة في كفارة الإحرام، والمعنى في الأصل أن مقدار الطعام لكل مسكين ثابت بالنص والإجماع فلا يجوز تركه بالاجتهاد وصرف العتق إلى واحد غير ثابت بالنص والإجماع فجاز تركه بالاجتهاد.

قالوا: القصد تكميل الأحكام ولا يحصل ذلك.

قلنا: لا نسلم ثم يحصل التكميل في بعض الأحكام.

مسألة: إذا كان له عبد يحتاج إلى خدمته لا يملك غيره أو ثمنه لم يلزمه العتق.

وقال أبو حنيفة: يلزمه العتق.

لنا: هو أنه أصل يجوز الانتقال عنه إلى البدل عند الحاجة إليه كالماء،ولأنه مال يكفر

به فلم يلزم صرفه في الكفارة عند الحاجة إليه كالطعام.

فإن قيل: الماء والطعام لو احتاج إليه في الثاني جاز له إمساكه بخلاف الرقبة.

قيل: لأن الحاجة إلى الماء والطعام في الثاني متحقق والحاجة إلى الرقبة في الثاني لا يتحقق لأنه قد لا يرض ولا يزمن ولو تحقق جاز له أن يمسك بأن يكون مناولة من يخدمه بالإجارة إلى مدة ويجوز أن يمسك العبد لحاجته إليه بعد انقضاء الإجارة.

فإن قيل: الماء والطعام يلزمه إمساكه ولا يلزمه إمساك العبد.

قيل: يبطل بالسكن ولأن ما معه يستغرق حاجته فلم يلزمه صرفه في الكفارة كالمسكن.

قالوا: مالك لرقبة يجزئ في الكفارة فلم يجز له الصوم كما لو فضل عن حاجته.

قلنا: ينكسر بالطعام ثم فرق بين أن يفضل وبين أن لا يفضل كالمسكن.

قالوا: إذا لم يمنع الحاجة من صرف العبد في دين الآدمي فلأن لا يمنع من صرفه في العتق وقد اجتمع فيه حق الله تعالى وحق الآدمي أولى.

قلنا: وإن كان العتق حق للآدمي إلا المقصود به حق الله تعالى ومبناه على المسامحة بخلاف الدين ولهذا يجب صرف المسكن في حق الآدمي مع الحاجة ويجب في الكفارة.

قالوا: حاجةٌ لا تثبت في حق عامة الناس فأشبه الحاجة إلى الثياب الفاخرة.

قلنا: إلا أنه إذا اتفقت التحقت بما يثبت في حق العامة ولهذا جاز للكسير المسح على الحائل كما يجوز على الخف والثياب الفاخرة ضرر في تركها، والخدمة في حق المريض والضعيف ويلحق الضرر بتركه.

مسألة: إذا أفطر في صوم الشهرين بمرض لم يبطل التتابع في أحد القولين وإن أفطر في السفر ففيه طريقان.

وقال أبو حنيفة: يبطل.

لنا: هو أنه أفطر بما لا يتسبب فيه إلى التفريط فلم ينقطع التتابع كالفطر والحيض.

قالوا: تفريق بسبب يخلو منه الصوم في العادة فأشبه الفطر في يوم النحر.

قلنا: إذا لم ينسب فيه إلى التفريط لم ينقطع وإن كان يخلو منه كما لو سبقه الحدث في الصلاة وانصرف ليتوضأ ويخالف الفطر في يوم النحر فإنه غير معذور فيه فقطع التتابع.

مسألة: إذا جامع المظاهر في حال العتق أو في حال صوم الشهرين بالليل أو النهار ناسياً لم يبطل الكفارة.

وقال أبو حنيفة: يبطل.

لنا: هو أنه وطءٌ لم يصادف محل الصوم فلم يقطع التتابع كما لو جامع غير المظاهر منها أو بمعنى لا يوجب الفطر ولا الصوم بعده عن الكفارة فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل، ولأنه كفارة يجب فيها التتابع فلم يبطل تتابعه بجماع السهو ككفارة القتل، ولأنه عبادة تؤدى وتقضى فجاز أداء بعضها وقضاء الباقي كالصلاة، ولأن العتق تكفير بالمال فلم يبطل بالجماع في الأثناء كالإطعام.

فإن احتجوا بقوله جل وعز ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ (المجادلة: من الآية٤) فأوجب شهرين لا يتقدمهما تماس ولا يتخللهما تماس وقد فات شهران لا يتقدمهما تماس فوجب أن يأتي بشهرين لا يتخللهما تماس.

قلنا: لا نسلم أنه أوجب شهرين لا يتقدمهما تماس ولا يتخللهما تماس وإنما أوجب شهرين قبل التماس وذلك تأقيت للأمر إذْ لو كان ذلك صفة لما جاز دونهما كالتتابع في الصوم ولما جاز منه الشهران بعد التماس دل أنه تأقيت والأمر المؤقت إذا فات وقته سقط.

قالوا: جماع صادف امرأته في صوم الظهار عنها فأشبه إذا تعمده بالنهار.

قلنا: في الأصل الجماع والأكل سواء والظهار منها أو غيرها سواء فلم يؤثر الوصف ثم ذاك الجماع منع صحة الصوم فقطع التتابع وهذا لم يمنع صحة الصوم فلم ينقطع التتابع ولهذا بطل بالعمد كفارة القتل وبالسهو لا يبطل.

قالوا: وطء يثبت تحريمه بالليل والنهار فمنع الاعتداد بالعبادة فيها كالوطء في الاعتكاف والحج.

قلنا: وإن ثبت تحريمه فيها إلا أنه يصادف العبادة بالنهار ولا يصادفها بالليل بخلاف الاعتكاف والحج فإن الوطء صادف العبادة في الحالين ولأن النهي هناك لأجل العبادة ولهذا يبطلها فمنع الاعتداد بها، وهاهنا النهي بحكم الظهار ولهذا لا يبطل العبادة فلم يمنع الاعتداد بها كالنهي عن الجماع في الإطعام.

مسألة: إذا دخل في الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل الصوم.

وقال أبو حنيفة: يبطل.

لنا: هو أنه صوم شرط في جواز الانتقال إليه عدم المال فوجود المال فيه لا يبطل دليله صوم السبعة في التمتع.

قالوا: قدر على المبدل قبل إسقاط الغرض بالبدل فوجب الانتقال إليه كالمتيمم إذا

رأى الماء قبل الدخول في الصلاة والمعتدة بالسهو وإذا حاضت قلنا: يبطل بما قسنا عليه، ثم المتيمم لم يتلبس بعقد مقصود فهو كالمتيمم إذا دخل في الصلاة والمعتدة يجب عليها الاعتداد بالأقراء وإن كان عليها مشقةً وهو إذا لم تحض في كل سنة إلا مرةً ولا يجب التكفير بالعتق مع المشقة وهو إذا احتاج إلى بيع المسكن.

مسألة: الاعتبار في التكفير بالعتق أو الصوم بحال الوجوب في أحد الأقوال وبأغلظ الحالين في الثاني وبحال الوجوب في الثالث وهو قول أبي حنيفة.

لنا: هو أنه حق مال وجب في الذمة فلم يسقط بالاعتبار كزكاة الفطر ولأنه عبادة وجبت بالمال فلا يسقط بالاعتبار كالحج ولأنه نوع تكفير يختلف فيه الحر والعبد فاختلف بالرق والحرية في حال الوجوب كالحر والدليل على الوصف قوله ﷺ «**الحدود كفارات لأهلها**»(١).

فإن قيل: الحد عقوبةٌ فلا يراد بالحرية وهذه عبادة فزيد فيها بالحرية.

قيل: الكفارة أيضا عقوبة ولهذا لا يتعلق إلا بسبب محظور ويصح من المرتد، ثم إن كان ذلك عقوبة كالكفارة غرامة فلا يزال بها الحرية.

قالوا: بدلٌ أجيز عند عدم المبدل فاعتبر العدم في حال الأداء كالتيمم والعدة و قيمة المتلف فيما له مثل.

قلنا: التيمم يراد للصلاة فاعتبر بحال أداء الصلاة والكفارة يراد بها تمحيص الذنب فاعتبر تلك الحال.

يدل عليه: أنه لو وجد المتيمم الماء بعد الفراغ وقبل الدخول في الصلاة بطل ولو وجد المكفرُ الرقبة بعد الفراغ من الصوم لم يبطل والصلاة المغلب فيها جهةُ العبادة فاعتبر حال أدائها، وهاهنا المغلب بالتكفير (الجريرة) (٢) ولهذا سميت كفارة فهي بالحدود أشبه وقيمة المتلف ليست ببدل عن المثل بل هما أصلان قدم أقربهما شبهاً فقبلت منه.

مسألة: إذا دفع الكفارة كلها إلى مسكين واحد لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: إن دفع إليه في ستين يوماً أجزأه.

لنا: قوله عز وجل: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ (المجادلة: من الآية٤) ومعناه فعليه أن يطعم ستين مسكينًا ولهذا نصب به الستين لوقوع الفعل به.

---

(١) تقدم ولم أجده بهذا اللفظ.

(٢) هكذا في الأصل.

فإن قيل: لعله أراد أن يطعم ستين مسكينا قيل الإطعام مصدر والمصدر يقدر بأنه أصل الفعل عند أهل النحو، ولأنه ذكر قبله مصدرين وهو قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (النساء: من الآية٩٢) وقوله: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ (النساء: من الآية٩٢) والجميع مقدر بما قلناه.

فإن قيل: إذا دفع إلى مسكين ستين مرة يقال أطعم ستين مسكينا كما يقال ومن ستين بينهما وإن كان المرمى واحداً.

قيل: هذا جاز ولهذا لا يقال لمن رأى رجلا عشرين مرة رأيت عشرين رجلا ولأنه مسكين استوفى حقه من كفارة فلا يدفع إليه منها كاليوم الأول ولأنه لو جاز أن يدفع إليه لجاز في اليوم الأول وكان أولى لأنه يدفع ما وجب عليه فكان أوْلى من التأخير ولأنه نص على العدد وعلى الصفة فإذا لم يجز الإحلال بالصفة لم يجز بالعدد كما يقول في الشهود.

قلنا: ذاك لم يستوف قوت يومه من كفارة فأشبه اليوم الأول.

قلنا: مسكينٌ لم يستوف حقه من الكفارة وهذا قد يستوفي.

قالوا: إذا جاز أن يدار صاع على ستين نفسا جاز أن يدار ستون صاعاً على واحد.

قلنا: يبطل باليوم الأول ويبطل بستين رجلا لهم على واحد ستون صاعا فإنه يجوز أن يدار الصاع عليهم ولا يجوز أن يدار ستون صاعاً على واحد ولأن في إدارة الصاع على ستين لا يسقط العدد المنصوص عليه وفي إدارة ستين صاعاً على واحد إسقاط العدد المنصوص عليه.

قالوا: القصد سد الخلة وقد حصل ذلك.

قلنا: بل القصد سد خلة ستين مسكينًا ولأن هذا يبطل به إذا وقع إليه في اليوم الأول وسرق منه.

مسألة: الواجب أن يدفع إلى كل مسكين مد من طعام [١].

وقال أبو حنيفة: الواجب صاعٌ من تمر أو صاعٌ من شعير أو نصفُ صاع من بر وفي الزبيب روايتان[٢].

لنا: ما روى الخليفة علي عليه السلام أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: هلكت وأهلكت أتيت أهلي في شهر رمضان؟ فقال: «**هل تجد رقبة**». قال: لا. قال: «**فصم شهرين متتابعين**». قال: لا أطيق الصيام. قال: «**فأطعم ستين مسكينا لكل مسكين مد**» قال: ما

(١) الإفصاح (٢/٢٧٤)، مغني المحتاج (٤/٣٢٦).
(٢) الإفصاح (٢/٢٧٤)، الاختيار (٣/١٣٤-١٣٥).

أجد فأمره رسول الله ﷺ بخمسة عشر صاعا. فقال: «**أطعمه ستين مسكيناً**»[١]، ولأنه طعامٌ يخرج في الكفارة فلا يجب فيه صاع كالبرّ، ولأن حق الله تبارك وتعالى يتعلق بالحبوب فلم يختلف باختلاف أجناسها كالعشر.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ قال: لسلمة بن صخر لما ظاهر من امرأته «**اذهب إلى صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم منها وسقًا ستين مسكينًا وكل أنت وعيالك منها**»[٢].

قلنا: روى سليمان بن يسار أنه كان ظاهر من امرأته في رمضان ثم وقع على امرأته فأتى النبي ﷺ فأخبره فذكر إلى أن قال: «**فأطعم ستين مسكينا**».

قال: ما أجد. قال: فأتي رسول الله ﷺ بتمر فأعطاه إياه وهو قريب من خمسة عشر صاعًا.

فقال: تصدق بها فتعارضا أو ما قلناه أولى لأنه يعاضده حديث الأعرابي أو يحمل ما قالوا على الاستحباب.

قالوا: إطعام في كفارة فكان لكل مسكين مدان كفدية الأذى.

قلنا: عدد المساكين في فدية الأذى ضعف الصيام لكل مشبع فيه ضعف الجوع في حق كل مسكين وعدها عددهم بقدر الصيام فاكتفى بشبعه من الطعام.

مسألة: إذا غداهم وعشاهم لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: يجزئه.

لنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال للذي وقع بأهله في رمضان: «**خذ هذا فتصدق به**» ولأنه مالٌ يجب للمساكين بالشرع فافتقر إلى التمليك كالكسوة ولأنه قصَّر بصرفهم على جهة واحدة فلم يجز كما لو دفع إليهم ومنعهم من البيع والهبة ولأنهم يختلفون في الأكل فلا يصل كل واحد منهم إلى جميع حقه فإن احتجوا بقوله جل وعز: ﴿**فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً**﴾ (المجادلة: من الآية٤).

قلنا: مراد به التمليك كما روي أن النبي ﷺ أطعم الجدة السدس وحمله على هذا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/١٨٥) ح (٧٤٤)، والحاكم في مستدركه (٢/٢٢١) ح (٢٨١٥)، وصححه، والترمذي (٥/٤٠٥) ح (٣٢٩٩) وحسنه، وابن ماجة (١/٦٦٥) ح (٢٠٦٢).

أولى لأنه يوجب ذلك وهم يوجبون التقدير.

قالوا: طعام وجب بلفظ الإطعام فلم يجزئه التمليك كنفقة الزوجة و النذر.

قلنا: لا نسلم نفقة الزوجة و إن سلم فلأن الحق هناك يسقط بالإبراء وهذا لا يسقط وفي النذر وجهان أحدهما أنه يحمل على المعهود في الشرع وهو التمليك وإن سلم فلأن في النذر قد يجب عتق بعض الرقبة ولا يجب في الكفارة.

مسألة: لا يجوز دفع الكفارة إلى المكاتب.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه مستغن فأشبه الحر الموسر.

قالوا: حق مال يخرج على وجه الطهرة فأشبه الزكاة.

قلنا: الزكاة يجوز أن تدفع إلى الغني و الكفارة[١] لا تدفع إلى غني والمكاتب[٢] غني إما بكسبه أو بمولاه بأن يعجز نفسه فيرجع إليه.

كتاب اللعان

مسألة: قذف الزوجة يوجب الحد [٣].

وقال أبو حنيفة [٤]: يوجب اللعان.

لنا: قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ (النور: من الآية٤)، وروي أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن السحماء فقال ﷺ: «**البينة وإلا الحد في ظهرك**» [٥].

فقال: إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البينة فجعل النبي ﷺ يقول: «**البينة وإلا حدٌّ في ظهرك**».

فقال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله عز و جل في امرأتي ما يبرئ

---

(١) الإفصاح (٢/٢٧٥)، انظر: بداية المجتهد (١/٧٠٠).

(٢) الإفصاح (٢/٢٧٥)، انظر: بداية المجتهد (١/٧٠٠).

(٣) الإفصاح (٢/١٣٦)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤٥٨، ٤٦٦)، بداية المجتهد (٢/١١٩-١٢٠)، الأم للشافعي (٧/١٤٢)، روضة الطالبين للنووى (٨/٣٤٦)، الشرح الكبير لابن قدامة المقدسيّ (٩/٤)، المغني لابن قدامة (٩/٢٠).

(٤) الإفصاح (٢/١٣٦)، الهداية للمرغيناني (٢/٣٠٣).

(٥) أخرجه البخاري (٢/٩٤٩) ح (٢٥٢٦).

ظهري من الحد فنزلت: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ (النور:من الآية٦)،ولأنه يقاد بها فوجب عليه الحد بقذفها مع الإحصان كالأجنبية ولأن من وجب عليه الحد إذا كذب نفسه في القذف وجب عليه قبل الإكذاب كالأجنبي والعبد ولأن اللعان بينة على الزنا ولهذا أقامه الله تعالى مقام الشهادة ولهذا يثبت به صدقه فلا يجوز أن يكون موجب القذف.

فإن احتجوا بقوله جل وعز ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ (النور:من الآية٦) فأوجب اللعان دون الحد.

قلنا:لم يوجب اللعان وإنما جعل اللعان ليس به من الحد ولهذا أقامه مقام البينة فقال تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنْفُسُهُمْ﴾ (النور: من الآية٦) ولهذا قال عليه السلام لهلال بن أمية «**إن الله تعالى جعل لك فرجاً ومخرجاً**».

قالوا: لو وجب الحد لم يسقط باللعان كما قلنا في الأجنبي.

قلنا: لأن الأجنبي لا حاجة به إلى القذف فلم تقبل منه غير البينة والزوج يحتاج والبينة تتعذر عليه فقبل منه اللعان .

مسألة: إذا قذف زوجته ولاعَنَ وجب عليها حدُّ الزنا [1].

قال أبوحنيفة [2]: يجب عليها اللعان.

لنا: قوله عز وجل ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ﴾ (النور:الآية٨).

فان قيل: أراد به الحبس.

قيل: العذاب المعروف هو الحد، ولهذا قال: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور: من الآية٢)، وقال تعالى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ (النساء: من الآية٢٥) وأراد به الحد، ولأن الآية تقتضي عذابًا وجب والحبس إنما يجب إذا نكلت لأنه معنىً يثبت به صدقه في قذفها فأشبه البينة، ولأنه إما أن يكون شهادة فوجب الحكم بها مالم يعارض بمثلها كالشهادة في الأملاك أو يمينا فوجب بها مالم

(١) الإفصاح (٢/١٣٦)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٤٥٨، ٤٦٦)، بداية المجتهد (٢/١١٩-١٢٠)، الأم للشافعي (٧/١٤٢)، روضة الطالبين للنووي (٨/٣٤٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩/٤)، المغني لابن قدامة (٩/٢٠).

(٢) الإفصاح (٢/١٣٦)، الهداية للمرغيناني (٢/٣٠٣).

يعارض كيمين المتتابعين.

قالوا: اللعان قول أحد الزوجين فلا يوجب الحد على الآخر كقذفه ولعانها.

قلنا: القذف دعوى واللعان بينة ولهذا يحبس بالقذف ويخلى باللعان وأما لعانها فهو بينة للمقابلة فلم نقض بها كيمين الثاني من المتبايعين، ولعان الرجل لتحقيق القذف فقضى به كيمين الأول من المتبايعين.

قالوا: يمين أو شهادة شاهد فلا يجب به الحد.

قلنا: إلا أنه أقيم مقام شهادة أربعة ولهذا يتخلص به من القذف كما يتخلص بشهادة أربعة.

قالوا: بينة ضعيفة ولهذا لا يثبت المال فلأن لا يثبت حد الزنا أولى.

قلنا: بل بينة قوية يجمع فيها بين ذكر الله عز وجل ولفظ الشهادة ولأنه إذا جاز أن يسمع في الحد ولا يسمع المال جاز أن يثبت الحد ولا يثبت المال.

مسألة: إذا ذكر في القذف الزاني ثم ذكره في اللعان سقط عنه حده وإن لم يذكره ففيه قولان[1].

وقال أبو حنيفة: لا يسقط حده[2].

لنا: قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ (النور: من الآية٦) ولأن النبي ﷺ قال: لهلال بن أمية وقد قذف امرأته بشريك بن السحماء «**قد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً**» ولأنه بينة من جهة الزوج يثبت بها صدقه في أحد طرفي الزنا فأثبت في الطرف الآخر كالشهادة ولأنه محتاج إلى ذكره في القذف فتخلص باللعان من قذفه كالزوجة والدليل على أنه محتاج بأنه يغره كما غره وليغر فصدقه بشبه الولد به و لهذا قال ﷺ: «**إن أتت به على النعت كذا أو كذا فما أراه إلا صدق عليها فلما أتت به على النعت المذكور**».

قال: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن.

---

(١) الإفصاح (١٣٨/٢)، روضة الطالبين (٣٦٢/٨، ٣٤٤).

(٢) الإفصاح (١٣٨/٢)، وافق الأحناف مالك، انظر بدائع الصنائع (٢٤٣/٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٢/٢).

قالوا: أجنبي فلا يسقط حده باللعان كما لو أفرده بالقذف.

قلنا: إلا أنه كالزوجة في الحاجة إلى قذفه ويخالف إذا أفرده فإنه لا حاجة به إلى قذفه.

قالوا: لو سقط حده بلعانه لوجب عليه حد الزنا كما قلتم في الزوجة.

قلنا: بإقراره مرةً واحدةً بالزنا يسقط الحد من القاذف و لا يجب عليه حد الزنا ويخالف الزوجة فإنها تسقط باللعان وهذا يسقطه باللعان فلم يجب عليه.

مسألة: إذا تلاعنا ثم قذفها رجل وجب عليه الحد.

وقال أبو حنيفة: إن بقي ولدها باللعان لم يحد قاذفها.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين وقضى أن لا يدعا ولدها لأب ولا يرمى ولدها و من رماها أو رمى ولدها فعليه الحد ولأنه قذف يعارض لعانه ولعانها فلم يبطل إحصانها كما لو لم يكن لها ولد.

قالوا: لها ولد غير ثابت النسب فأشبه الزانية.

قلنا: الزانية لو كان ولدها ثابت النسب لم يحد أيضاً قاذفها فلم تؤثر الوصف، ولأن تلك ثبت زناها وهذه لم يثبت فبقيت على إحصانها ونسبة الزانية لأن لها ولد غير ثابت النسب فهو كالموطوءة بشبهة.

قلنا: إذا لم يكن لها ولد فهي أيضا تشبه الزانية لأنها لم يحد قاذفها ثم يحد قاذفها والموطوءة بشبهة تحقق وطؤها على وجه فيه شبهة فصار شبهة في إسقاط الحد وهذه ادعي عليها الزنا ودفعت ذلك باللعان فبقيت على الإحصان.

مسألة: يصح لعان الذمي والعبد والمحدود في القذف.

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

لنا: ولأنه يصح منه عقد النكاح أو يصح منه الطلاق أو يصح عنه الإيلاء أو يصح منه اليمين فأشبه غيره ولأن اللعان يمين والدليل عليه قوله ﷺ: «**لولا الأيمان لكان لي ولها شأن**»(١)، ولأنه يفتقر إلى ذكر الله عز وجل وتقبل عنه بنفسه والمرأة فيه كالرجل ويسمع من الفاسق والأعمى يصح من هؤلاء كسائر الأيمان.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٣٩٤) ح (١٥٠٦٩)، والدارقطني في سننه (٣/٢٧٥)، وأبو داود (٢/٢٧٧) ح (٢٢٥٦)، والإمام أحمد في مسنده (١/٢٣٨) ح (٢١٣١).

فإن احتجوا بما روي أن النبي ﷺ قال: «**لا لعان بين أهل الكفر والإسلام ولا بين العبد وامرأته ولا بين المحدود في القذف وامرأته**»(١).

قلنا: قال الدارقطني رواية عثمان بن عبد الرحمن الزهري وعثمان بن عطاء الخراساني وهما متروكان ثم يرويه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولعله عن جده الأدنى فهو مرسل ثم يحتمل أنه أراد الزوج المسلم إذا قذف زوجته اليهودية والعبد إذا تزوج أمة والمحدود إذا قذف امرأته المحدودة في القذف فلا يلاعن لدرء الحد.

قالوا: ليس من أهل الشهادة فأشبه الصبي.

قلنا: يبطل بالفاسق والأعمى ثم يعارضه أنه من أهل اليمين فهو كغيره بخلاف الصبي.

قالوا: اللعان شهادة لأنه استثناه من الشهادة ويفتقر إلى لفظ الشهادة كسائر الشهادات.

قلنا: يحتمل أنه استثناه من الشهادة لاشتراكهما في اللفظ كما قال: ﴿**هُوَ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْكُمْ وَمَلائِكَتُهُ**﴾ (الأحزاب: من الآية٤٣) فجمع بين صلاة الله تعالى وصلاة الملائكة وإن كانت إحداهما رحمة والأخرى استعذار ولأنه يحتمل أنه لم يذكره على وجه الاستثناء وإنما لم يذكره على وجه السلب كما يقال الصبر حيلة من لا حيلة له ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة في أحد الوجهين بل يجوز بلفظ الحلف ثم شبهه بالإيمان أكثر على ما يقدم وإلحاقه بها أولى.

مسألة: يلاعن المسلم امرأته الذمية والحر امرأته الأمة.

وقال أبو حنيفة: لا يلاعن.

لنا: أن ما حقق به الزنا من امرأته المسلمة حقق به على امرأته المشركة كالبينة.

قالوا: لا يحد بقذفها فلا يلاعنها كالصغيرة التي لا تجامع.

قلنا: الأمة لا يحد الأجنبي بقذفها ثم لا يخالف غيرها في إقامة البينة و الصغيرة لا يصح منها الزنا بخلاف هذه.

مسألة: يصح قذف الأخرس ولعانه.

---

(١) مرفوعاً بلفظ: ((لا لعان بين أربع وبين أزواجهن اليهودية والنصرانية ثم المسلم والأمة ثم الحر والحرة، ثم العبد)). أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٢٧/٧) ح (١٢٤٩٨).

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

لنا: أنه يصح طلاقه فأشبه الناطق أو يصح منه استلحاق النسب فصح منه بينة كالناطق، ولأنه يحتاج إلى القذف وإلى التحقيق فهو كغيره ولأنه يصح منه الإقرار بقتل العمد فصح منه القذف كالناطق.

قالوا: يفتقر إلى لفظ الشهادة فأشبه الشهادة.

قلنا: يصح اللعان بلفظ الفسخ في أحد الوجهين وكذلك يصح الشهادة بلفظ العلم في أحد الوجهين ثم نقبل شهادة الأخرس في أظهر الوجهين وإن سلم فلأنه مستغن بالناطق عن الأخرس في الشهادة ولا يستغني لغيره في اللعان فصح منه كالطلاق والظهار والإيلاء ولأن شهادة الأعمى والفاسق لا تصح ويصح لعانهما.

قالوا: لم يأت بلفظ الشهادة فأشبة الناطق إذا أشار.

قلنا: الناطق قادر وهذا عاجز ولهذا يصح نكاحه وطلاقه ولا يصح نكاح الناطق وطلاقه بالإشارة.

قالوا: أكثر ما يقدمان يصور وطأً حراماً و بذلك لا يجب الحد.

قلنا: بل يقدر أن يصور الزنا كما يصور الوطء الحرام، ولأنه قد يكتب ويبين بيانا لا يبقى معه شبهة ولأنه لا يمكنه في القتل أن يبين أكثر من قبل حرام ثم يجب القود بإقراره.

قالوا: لم يصرح بالقذف فهو كالناطق إذا عرض.

قلنا: بالتعريض لم يفهم صريح الزنا و بالإشارة يفهم كما يفهم قتل العمد.

مسألة: إذا قذف زوجته بزنا قبل النكاح ولم يكن ولد لم يلاعن.

وقال أبو حنيفة: يلاعن

لنا: هو أنه قذف لا نحتاج إليه فلم يحققه باللعان كقذف الأجنبية ولأنه لعان لا يتعلق به درء عقوبة ولا نفي نسب فلم يصح كلعان الأجنبي.

قالوا: قذف في حال الزوجية وهو من أهل اللعان فأشبه إذا أطلق أو أضاف وهناك ولد.

قلنا: فرق بين أن يطلق وبين أن يضيف ألا ترى أنه إذا قذف كبيرة وأطلق حد ولو أضاف إلى حال الصغر لم يحد وإذا كان ولد لم يلاعن في قول أبي إسحق ويلاعن في قول أبي علي بن أبي هريرة لأنه يحتاج إلى القذف لنفي النسب وهذا غير محتاج إليه.

مسألة: إذا قذف زوجته ثم أبانها لاعن.

وقال أبو حنيفة: لا يلاعن.

لنا: هو أنه نوع بينه يملك بها تحقيق القذف فلم يسقط حقه منه بالطلاق كالشهادة.

قالوا: أجنبية منه فلا يلاعنها كما لولم يكن بينهما نكاح.

قلنا: نقلب فلا يهدر قذفه كما لولم يكن بينهما نكاح، ثم المعنى هناك أن لا حاجة به إلى القذف و هاهنا قذف وهو محتاج فملك بحقيقة باللعان.

مسألة: يلاعن المبتوتة و المنكوحة نكاحا فاسدا.

وقال أبو حنيفة: لا يلاعن.

لنا: هو أنه نكاح يلحق فيه الولد فجاز أن يثبت فيه اللعان كالنكاح الصحيح أو نكاح يجب العدة بالوطء، فيه فأشبه ما قلناه، ولأنه ولد يلحقه بغير رضاه ويملك نفيه باللعان كولد الزوجة، ولأنه إذا ملك نفي النسب مع وجود النكاح فلأن يملك مع عدم النكاح أولى ولأنه إذا ملك نفي النسب وقطع الفراش فلأن يملك نفي النسب وحده أولى.

قالوا: لا زوجية بينهما فلا يلاعنها كالأمة لا يلاعنها السيد.

قلنا: روي عن الشافعي أنه يلاعن الأمة وإن سلم فلأنه يملك نفي ولدها بدعوى الاستبراء والحلف وهاهنا لا يملك نفيه بذلك فملك نفيه باللعان.

قالوا: لو لاعن مع الولد لاعن من غير ولد كما قلنا في الزوجة.

قلنا: لأن هناك به حاجة إلى القذف مرة لنفي العار ومرة لنفي النسب وهاهنا لا حاجة به إلا مع الولد فلم يلاعن من غير ولد.

قالوا: النكاح الفاسد لا يتعلق به الطلاق والظهار والإيلاء والتوارث فكذلك لا يتعلق به اللعان.

قلنا: الطلاق لإزالة الملك والملك والظهار للتحريم وهي محرمة و الإيلاء يمنع حقها ولا حق لها و التوارث للملك والملك و اللعان يراد لنفي النسب فيثبت فيه كالعدة.

مسألة: إذا قال زنيت فقالت صدقت وهناك ولد لاعن لنفيه.

وقال أبو حنيفة: لا يلاعن.

لنا: أنه إذا ملك نفي ولد العفيفة فولد الفاجرة أولى، ولأنه ولد يلحقه بغير رضاه فكان له طريق إلى نفيه كما لولم يصدقه.

قالوا: لا يصح لعانه إلا بلعانها وليست من أهل اللعان.

قلنا: يصح عندنا لعانه من غير لعانها.

مسألة: يجوز اللعان لنفي الحمل في أحد القولين [١].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [٢].

لنا: هو أنه حالة لو أقر فيها بالولد لزمه فصح نفيه كبعد الانفصال أو حالة يستند النفي إليها يصح النفي كما بعد الأنقال.

قالوا: الحمل لا ينتفي فيكون اللعان مع الشبهة واللعان يوجب القذف مع الشبهة كالحد.

قلنا: إلا إنه مظنون وجعل كالمعلوم في تعلق الأحكام ولهذا علق عليه النفقة في العدة ونهى عن وطء الحامل في السبي وعن أخذ المخاض في الزكاة وفرض الخلفات في الدية ويتأخر به الحد والقصاص وأبيح به الإفطار وفسخ به البيع في الجواز ولأنا لا نوجب القذف كالحد ثم الحد يجب مع الشبهة وهو بشهادة شاهدين مع جواز القذف عليها.

قالوا: لعان يتعلق على شرط لا تقديره ليس مني إذا كان ولداً فصار كقوله إن دخلت الدار فليس مني.

قلنا: ليس معلق على شرط بل هو نفي في الحال وإن كان في ضمنه ما قالوا فهو كاللعان بعد الانفصال يصح وإن كان في ضمنه ليس مني إلا أن أقربه، ولأن الإقرار لا يتعلق بالشرط ثم يجاوز بالحمل.

قالوا: لو جاز النفي لم يجز التأخير.

قلنا: تأخيره لعدد وهو أنه يحتمل ان يؤخر ليكون النفي على يقين وذلك لا يمنع النفي.

مسألة: إذا ولدت امرأته ولداً فأقر به ثم قال هو الزنا لم يلاعن ويلزمه الولد.

قال أبو حنيفة: يلزمه الولد و لكنه يلاعن.

لنا: هو أنه كذب نفسه فصار كما لو نفاه ثم أقر به.

قالوا: قوله هو مني كقوله ما زنيت وقوله ليس مني معناه زنيت فلو قال ما زنيت ثم قال زنيت لم يلاعن كذلك هاهنا.

---

(١) الإفـصاح (٢/١٣٧)، وافق الشافعية مالك انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/١١٦-١١٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٤٥٩).

(٢) الإفـصاح (٢/١٣٧)، ووافـق الأحناف أحمد انظر: الهداية (٣٠٥)، بدائع الصنائع (٣/٢٤٠)، المغني (٩/٣٨-٣٩).

قلنا: هناك الثاني ليس بتكذيب للأول لأنه يجوز أن لا يزني ثم يزني وهاهنا الثاني مكذب للأول فهو كقوله ما زنيت.

مسألة: إذا نفى ولده ومات الولد ثم أقربه ثبت نسبه.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت إلا أن يكون له ولد.

لنا: أن كل ولد صح الإقرار به حيا صح الإقرار به ميتاً كما لو كان له ولد.

قالوا: متهم في أخذ الميراث.

قلنا: يبطل به بما لو كان للبنت بنت.

مسألة: إذا أتت امرأته بولد فمات الولد جاز له نفيه وكذلك إن كانا توأمين فمات أحدهما جاز له النفي.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: أن كل ولد جاز نفيه في حياته جاز بعد موته كما لو كان له ولد.

قالوا: لما يجز اللعان لنفي الفراش بعد الموت ثم يجز النسب.

قلنا: لأن الزوجية انقطعت بالموت والنسب لم ينقطع، ولأن قطع الزوجية في الحال ولا زوجية في الحال ونفي النسب يستند إلى حال الحياة.

مسألة: إذا بدأ بلعان المرأة لم يعتد به.

وقال أبو حنيفة: إن حكم به حاكم فقد اخطأ وأعتد به.

لنا: أنه حكم مخالف للإجماع فلم ينفذ كسائر الأحكام الباطلة ولأنه بينة في غير موضعها فلم يعتد بها كاليمين والشهادة قبل وقتها.

قالوا: حجة تقع فيها المعاملة بين المتداعيين فإذا حكم الحاكم بتقديم إحداهما على الأخرى فقد حكمه كما لو قدم يمين أحد المتبايعين على الآخر.

قلنا: ذاك مجتهد فيه وهذا مجمع عليه.

مسألة: إذا أخل ببعض ألفاظ اللعان لم يعتد به.

وقال أبو حنيفة: إن حكم به حاكم فقد أخطأ ونفذ حكمه.

لنا: هو أن الله تبارك وتعالى علق الحكم على هذا العدد فمن علقه بما دونه فقد أسقط موجب اللفظ وذلك فسخ ولأنه لما علق على هذا العدد دل على أنه لا يتعلق بما دونه لأنه أخل ببعض الألفاظ فأشبه إذا أخل بالأكثر ولأنه بينة في إثبات الزنا فلا يقوم أكثرها مقام الجميع كالشهادة أو عدد تعلق بالقذف فأشبه الحد ولأنه حكم بخلاف الإجماع فأشبه الحكم ببيع الخمر أو الميتة.

قالوا: ما يتعلق به الفرقة محتمل غير مبين ولهذا اختلف فيه فإذا حكم به حاكم نفذ كمواضع الاجتهاد.

قلنا: إلا أن استيفاء العدد منصوصٌ عليه غير مجتهد فيه فلا يعذر فيه المجتهد وإن الاحتمال يسقط مع الإجماع فتصير كما لا احتمال فيه ولأنه يبطل به إذا حكم بأقل الألفاظ.

قالوا: أكثر الشيء يقوم مقام الجميع بدليل المسبوق وإذا أدرك الإمام راكعاً.

قلنا: في أكثر الأصول لا يقوم والمسبوق محتسب له بفعل إمامه ولم يحتسب هاهنا فيما ترك بفعل غيره فهو كالمنفرد إذا أتى بأكثر الركعة.

مسألة: الفرقة ونفي النسب يتعلق بلعان الزوج.

وقال أبو حنيفة: بلعانهما وحكم الحاكم.

لنا: قوله ﷺ «**المتلاعنان لا يجتمعان أبداً**»[1].

فإن قيل: دليله إذ لاعن أحدهما أن يجتمعا.

قيل: هم يقولون بدليل الخطاب ونحن لا نقول به إذا أسقط الخطاب وهاهنا يسقط لأن إذا قلنا به لزمنا أن نقول إنهما يجتمعان وأن يلاعنا فيسقط الخطاب وروي أن عويمر العجلاني قال بعدما تلاعنا كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً فقال له ﷺ: «**لا سبيل لك عليها**»[2] ولم يرد بالطلاق لأن ذلك معلوم فثبت أنه أراد باللعان ولأنه معنى بمنع إقرارها على النكاح فوقعت الفرقة به من غير حكم كالطلاق الثلاث والرضاع ولأنه قول موجب الفرقة فكان حكم الحاكم فيه تنفيذاً إلا إيقاعاً كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته ولأن المعول في النسب على الزوج ألا ترى أنه لو أقر وهي تنكر ثبت ولو أنكر وأقرت هي لم يثبت فلا معنى لاعتبار لعانها ولأن الزوج ينفي النسب والمرأة تثبته والمطلوب هو النفي فلا يجوز أن يكون إثباتها شرط في النفي.

فإن احتجوا بأن العجلاني طلقها ثلاثاً فأنفذ رسول الله ﷺ.

قلنا: معناه الفراق باللعان.

---

(١) أخرجه أبو حنيفة في مسنده (١/١٥٥)، وقال الحافظ ابن حجر: أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث ابن عمر، ومن حديث سهل بن سعد ثم قال: وأصله عند أبي داود بلفظ: ((مضت السنة بعد في المتلاعنين يفرق بينهما ثم لا يجتمعان)). انظر/ التلخيص الحبير (٣/٢٢٧).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٣٩٩) ح (٥٠٩٠).

والدليل عليه أن ابن عباس روى أنه فرق بينهما وقضى أن لا يثبت لها ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا وفاة زوج عنها.

قالوا: روي أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين وألحق الولد بالمرأة.

قلنا: يحتمل أنه أنفذ أو فرق بينهما في المسكن.

قالوا: فرقة يفتقر سببها إلى الحاكم فأشبه فرقة العنين.

قلنا: اليمين يفتقر إلى الحاكم ولا يحتاج إلى حكمه والنكاح يفتقر إلى الشهود ولا يفتقر إلى نطقهم والتعنين لا يوجب الفرقة واللعان يوجب فهو كالردة.

قالوا: يفتقر إلى لفظ الشهادة فافتقر إلى حكم الحاكم كالبينة.

قلنا: لا يسلم الافتقار إلى لفظ الشهادة في الأصل ولا في الفرع في أحد الوجهين يعارضه أنه يفتقر إلى لفظ اليمين فلم يفتقر إلى حكم الحاكم كسائر الأيمان ولأن الشهادة تفتقر إلى الاجتهاد في تزكية الشهود و اللعان لا يفتقر فهو كاليمين.

مسألة: فرقة اللعان فسخ [1].

وقال أبو حنيفة [2]: طلاق.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين وقضى أن لا بيت ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها.

وقالوا: لأنها فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه فأشبه فرقة الطلاق.

قلنا: اللعان لا يختص النكاح ألا ترى أنه يجوز في وطء الشبهة ثم ذاك يقع بإيقاعه وهذا بخلافه.

مسألة: تحريم اللعان مؤبد.

وقال أبو حنيفة: إذا خرج من أن يكون من أهل اللعان زال التحريم.

لنا: قوله ﷺ لا سبيل لك عليها، وروى علي بن أبي طالب عليه السلام قضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً و لأنها حرمت اللعان فلم يحل نكاحها كما لو لم يكذب نفسه.

قالوا: فرقة سببها القول فأشبه الطلاق.

---

(١) الإفصاح (٢/١٣٨)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر بداية المجتهد (٢/١٢٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٤٦٧)، الكافي لابن قدامة (٣/١٨٦)، المغني لابن قدامة (٩/٣٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩/٤٧).

(٢) الإفصاح (٢/١٣٨)، الهداية (٣٠٤).

قلنا: نقلب فلا يرتفع تحريمها مالا كذب والخرس كالطلاق.

قالوا: فرقة تفتقر نسبها إلى الحاكم كفرقة العنين.

قلنا: ذاك لا يوجب التحريم وهذا يوجب تحريماً لا يرتفع بزوج وإصابة فأشبه تحريم الرضاع.

قالوا: حكم تعلق باللعان فزال بالتكذيب كنفي النسب.

قلنا: يبطل بزوال الفراش، ولأنه لو كان كالنسب ليبين أنه لم يزل النكاح ولأن في النسب الإثبات مغلب وفي التحريم الإيجاب مغلب.

قالوا: لو وجب التحريم المؤبد لوجب محرمية كتحريم المصاهرة بالرضاع.

قلنا: زوجيه الرسول ﷺ فوجب تحريماً مؤبداً على الخلق ولا يوجب محرمية ولأن الرضاع حرمة صلة ونسب فأوجب محرمية كتحريم المصاهرة بالوطء الحال وهذه حرمة تغليظ فلم يوجب محرميه كتحريم المصاهرة بالزنا عندهم.

مسألة: إذا شهد الزوج مع ثلاثة على امرأته بالزنا لم يقبل الرجل وأمر باللعان [١].

وقال أبو حنيفة: تقبل له[٢].

لنا: أنه شهادة على الزنا فلم يقبل من الزوج كما لو قذفها ثم جاء يشهد عليها، أو إتمام شهادة على الزنا بقوله فأشبه إذا شهد اثنان والتعن هو لعانين، ولأنه إثبات جناية في حقه فأشبه شهادة المودع على المودع بالخيانة، ولأنه خصم في زنا امرأته ولهذا يلاعن فيه فلم يجز أن يكون شاهدا فيه كالولي قي القصاص ولأن هذه الشهادة تضمن أنها عدوه لأنه زعم أنها خائنة في الفراش وهذا أعظم من أن يأخذ كثيرا من ماله أو يشتم عرضه وشهادة العدو لا يقبل عندنا.

قالوا: ما قبلت شهادته فيه على غيرها كسائر الحدود.

قلنا: في سائر الحدود لا يتهم لا عليها ولا على غيرها وفي الزنا يتهم عليها ولا يتهم على غيرها.

قالوا: إذا ثبت الزنا عليها بقوله وحده فمع ثلاثة أولى.

قلنا: لما ثبت بقوله وحده دل على أنه خصم فيه وذلك يمنع أن يقتل مع غيره

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٧٢)، روضة الطالبين (١٠/١٠٨)، الشرح الكبير لأبي عمر المقدسي (١٠/٢٠١).

(٢) الإفصاح (٢/١٤٠)، بدائع الصنائع (٨/٤٨).

كاليمين في البيع إذا اختلف فيه المتبايعان ولأنه يقبل في اليمين واليمين لا يمنع عنه التهمة ويقبل مع غيره في الشهادة والشهادة يمنع منها التهمة ولهذا يقبل يمين الفاسق ولا تقبل شهادته.

قالوا: إذا لم يمنع النسب من قبول شهادته فالزوجية وهي أضعف أولى.

قلنا: في الزنا المناسبة ليس بخصم وفي الزنا زوجته خصم.

مسألة: إذا تزوج امرأة بحضرة الحاكم وطلقها ثلاثاً عقيب العقد أو تزوج مشرقي بمغربية وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد لم يلحقه.

وقال أبو حنيفة: يلحقه.

لنا: هو أنه ولد لا يمكن أن يكون منه فلا يلحقه كما لو كان الزوج صغير أو أتت المرأة بالولد لدون ستة أشهر ولأن الزوج يلاعن وينفي النسب بأن يقول ليس مني ولو كان الإمكان غير معتبر لكان لا ينفي بأن لا يكون منه.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**الولد للفراش**»[1] والفراش هو الزوج ولهذا قال الشاعر:

باتت تعانقني وبات فراشها خلق العباءة بالدم سليلا

قلنا: الفراش هو الوطء لأنه يفرش له والمراد به صاحب الوطء فحذف المضاف والدليل عليه أن الخبر ورد في ابن وليدة زمعة ولم يكن زوجاً وإنما كان مالكاً وهذا ليس بصاحب الوطء.

قالوا: أتت بولد بعد النكاح لمدة الحمل والزواج ممن يجوز أن يكون فأشبه ولد فأشبه إذا أتت به وهما على النكاح في بلد واحد.

قلنا: هناك يمكن أن يكون منه في النكاح وهاهنا لا يمكن ولهذا فرقنا في الزوج بين أن يمكن أن يكون له وبين أن لا يمكن وفي مدة الحمل بين أن يمكن أن ينعقد فيه ولد وبين أن لا يمكن فكذلك يجب أن يفرق بين أن يمكن أن يكون منه وبين أن لا يمكن.

قالوا: ما جاز أن يحدث في حقه وهو من أهل استحقاق مثله وليس هناك من هو أحق منه وجب أن يكون أحق كما لو حمل السيل بذراً مباحاً إلى أرضه فنبت.

قلنا: ما نبت من المباح لو حدث في غير أرضه لجاز له أخذه كالولد الذي ليس منه لو حدث في غير مباح ملكه لم يكن له استحقاقه فإذا حدث في ملكه لم يكن أحق به كالنابت من بذر الغير.

---

(١) تقدم تخريجه.

قالوا: مكان الوطء اعتبارية في ثبوت النسب بدليل ولد الأمة فإذا لحق هاهنا مع الإمكان دل على أنه لحق من غير إمكان.

قلنا: لأن الأمة لا تصير بالملك فراشا والزوجة تصير فراشاً فثبت نسب ولدها بالإمكان.

مسألة: إذا وطء السيد أمته صارت فراشا.

وقال أبو حنيفة: لا تصير.

لنا: ما روت عائشة أن عبد بن زمعة وسعيد اختصما إلى رسول الله في ابن أمة زمعة فقال سعيد يا رسول الله أوصاني أخي إذا قدمت مكة أن أنظر به أين أمة زمعة فأقبضه فإنه ابني وقال عبد بن زمعة أخي وابن أخي ولد على فراشي فرأى شبهها بينا فبعتبة.

فقال: «**هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش واحتجبي منه سودة**»[(١)] فألحق الولد بصاحب الفراش.

فإن قيل: لعلها كانت أم ولد له.

قيل: لم يكن له ولد قبله.

فإن قيل: أقر بالولد فألحقه.

قيل: لم يلحقه بالإقرار بل ألحقه بالفراش.

فإن قيل: لم يقضِ له بالنسب وإنما قضى له بالملك ولهذا قال: هو لك وروي أنه قال: هو لك عبد ولهذا قال: يا سودة احتجبي منه.

قيل: لا يجوز أن يقضي له بالملك وهو لا يدَّعيه ولأن الفراش علة للنسب لا للملك وقوله هو لك راجع إلى ما ادعاه وقوله هو لك عبد معناه يا عبد كما قال يوسف: أعرض وإنما أمر سؤدة بالاحتجاب لأنه رأى فيها شبها يعينه فاحتاط لامرأته، وروي أن عمر رضي الله عنه رأى امرأة متكشفة في السوق وهي حبلى فخطب الناس فقال: «**لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها ألحقت به ولدها فأمسكوهن بعد أو أرسلوهن**»[(٢)]، ولأنه معنى يثبت به تحريم المصاهرة فصارت المرأة به فراشا كنكاح الحرائر، ولأنه حرمة من جهة الوصلة ثبت بنكاح الحرائر فثبت بوطء الإماء كحرمة الأنساب ولأن الوطء يوجب

(١) أخرجه البخاري (٢/٧٧٣) ح (٢١٠٥)، ومسلم (٢/١٠٨٠) ح (١٤٥٧).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٤١٣) ح (١٥١٥١)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٣)، والإمام مالك في موطئه (٢/٧٤٢) ح (١٤٢٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/١١٤).

تحريم البنت على التأييد والعقد لا يوجبه ثم يثبت الفراش بالعقد فبالوطء أولى ولأن الولد قد حصل وليس هاهنا سبب يحال عليه إلا الوطء فوجب أن يحال عليه كالوطء عقيب الجرح.

قالوا: الوطء في ملك فلا يصير به فراشا كوطء الزوجة وأم الولد.

قلنا: لأن ذاك صادف فراشا وهذا وطء لا يوجب الحد صادف من ليس بفراش فهو كوطء الشبهة.

قالوا: لو صارت فراشا لما انتفى النسب فيه من غير لعان.

قلنا: كذا يقول في أحد القولين ثم يبطل بفراش الموطوءة بشبهة عندهم.

قالوا: لو صارت فراشا لوجب بزواله العدة.

قلنا: الاستبراء عندنا عدة ثم يبطل بالمنكوحة قبل الدخول.

قالوا: لو صارت فراشا من غير دعوة لصارت بنفس الملك كالزوجة.

قلنا: في الزوجة يثبت تحريم النسب بنفس الملك وهاهنا لا يحصل إلا بالوطء ولأن النكاح لا يصح إلا على الوطء فجعل كحقيقته والملك يصح على غير الوطء فلم يصر فراشا حتى يوجد.

قالوا: لو صارت فراشا لم يجز بيعها كأم الولد.

قلنا: يبطل بامرأة المكاتب إذا اشتراها وكأم الولد استحقت العتق فمنع من بيعها وهذه لم يستحق العتق فجاز بيعها.

كتاب العدد

مسألة: الأقراء هي الإطهار [(١)].

وقال أبو حنيفة: هي الحيض [(٢)].

لنا: قوله عز وجل: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ (البقرة: من الآية ٢٢٨) والقرء يقع على الحيض والطهر ولهذا قالت عائشة: الأقراء هي الأطهار وقال الأعشى:

مــورثة مــالا وفي الحــي رفعــة ... لمــا ضــاع فــيها من قروء نسائكا

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٢)، ووافق الشافعية مالك انظر/ الكافي (٢/٦١٩)، روضة الطالبين (٨/٣٦٦).

(٢) الإفصاح (٢/١٤٢)، انظر/ الهداية شرح بداية المبتدي (٢/٣٠٧).

والاسم إذا تناول شيئين تعلق بأسبقهما ولأن القرء في الطهر أشبه لأنه مشتق من الجمع نقول ما قرأت الناقة سلاقط إذا لم يضم رحمها ولد أو الجمع في زمان الطهر وقال ابن الانباري: إذا جمع القرء أقراء فهي حيض وإذا جمع قروء فهي الطهر وقد جمع هاهنا قرء، وقال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق: من الآية١) والمراد لوقت عدتهن كما قال تعالى: ﴿وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ (الأنبياء: من الآية٤٧) والطلاق المأمور في وقت الطهر فدل على أنه هو العدة، فإن قيل قرئ لقبل عدتهن، قبل العدة ما أقبل منها ومعناه في أول الطهر قبل الوطء.

فإن قيل: لعله أراد بعد عدتهن كما قالوا «**صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته**».

قيل: ذاك حجة لنا لأن معناه لوجود رؤيته فيجب أن يكون هاهنا لوجود زمان عدتهن وقوله ﷺ لعمر: «**مر ابنك فليراجعها ثم ليمسكها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء**»(1) فأشار إلى حال الطهر التي أذن فيها بالطلاق وأخبر أنه هو العدة، لأنه دم فلا يعتد به كبقية الحيض، ولأنه خارج من الرحم تتعلق به العدة فوجب أن يكون الاعتداد في حال الكمون والانقضاء بالطهور كالحمل ولأنه طلاق مباح مجرد في مدخول بها فتعقبه صلب العدة كطلاق الصغيرة واليائسة والحامل يؤكده إن العدة تجب عقيب الطلاق والطلاق المسنون في الطهر فدل على أنه زمان العدة، ولأنه حق للزوج تعلق بأحد القرءين وجب أن يكون في الطهر كالوطء والطلاق.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: من الآية٢٢٨) والقرء حقيقة في الحيض لأن القرء هو الوقت يقال رجع فلان لقرئه وقارئه والوقت للحيض ولهذا يصح نفيه فيمن لا تحيض فيقال: ليست من ذوات الأقراء، ولأنه لا يجب ثلاثة من الحيض فأما من الطهر فلا يجب الإقران وبعض الثالث.

قلنا: بل القرء حقيقة فيهما إجماع أهل اللغة وكما هو للحيض وقت فللطهر الذي يجاوره وقت وإنما صح نفيه فيمن لا يحيض لأنه اسم للطهر المجاور للحيض وقد يقال لاثنين وبعض الثالث ثلاثة كما يقال: أيام منىً وأشهر الحج ولثلاث خلون.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ

(١) تقدم تخريجه.

﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ (الطلاق: من الآية٤).

قلنا: إنما ذكر المحيض لأن الطهر مجاوره.

فإن احتجوا بما روى مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «**طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان**»(١).

قلنا: قال أبو داود مظاهر ضعيف وهو أنكر حديث روى بالبصرة ولأن القاسم بن محمد هو الراوي وعنده أن الأقراء هي الاطهار ثم تأويله أن يطلقها في بقية الطهر ثم تحيض حيضتين لتحصل العدة.

قالوا: براءة الرحم تعلم بالدم فوجب أن تعتبر به.

قلنا: كما نعلم في الولد ثم الاعتداد بحال الكمون ولأنه لابد من الحيض فيعلم براءة الرحم.

قالوا: نوع استبراء فأشبه استبراء الأمة.

قلنا: من أصحابنا من لم يسلم والمنصوص أن الاستبراء بالحيض فإن النبي ﷺ اعتبر الطهر في العدة في حديث ابن عمر وفي الاستبراء اعتبر الحيض.

فقال: لا توطأ حامل حتى تحيض حيضة، ولأن الاستبراء قرء واحد واعتبر الطهر إخلاء من الحيض والعدة أقراء فلا يخلو من الحيض، ولأن اعتبار الحيض في الاستبراء لا يؤدي إلى التطويل لأن أسبابه تجوز في الحيض وهاهنا يؤدي إلى التطويل لأن سببه الطلاق وهو محرم في حال الحيض.

قالوا: القرء لا يحتمل التحري ولهذا وجب في الأمة قرءان فلو كانت العدة هي الأطهار لما تأدت ببعض الطهر ووجب إكماله من الطهر الرابع وإذا وجب بعض الرابع وجب تكميله فيصير أربعاً فوجب أن يكون هو الحيض حتى يوجد بعض الطلاق المسنون ثلاثاً كوامل.

قلنا: مسألة تصدق في انقضاء العدة في اثنين وثلاثين يوماً وساعة.

وقال أبو حنيفة: لا يصدق إلا في شهرين.

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢٢٣/٢) ح (٢٨٢٢)، والترمذي (٤٨٨/٣) ح (١١٨٢)، والدارقطني في سننه (٣٨/٤)، وأبو داود (٢٥٧/٢) ح (٢١٨٩)، وابن ماجة (٦٧٢/١) ح (٢٠٧٩)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٩٩/٢) ح (١٧٢٦)، وانظر/ التلخيص الحبير (٢١٢/٣-٢١٣).

لنا: أنها ادعت انقضاء العدة وزمان يمكن صدقها فيه فأشبه الشهرين ولأنه إذا اعتبر في الطهر الأقل وجب أن يكون في الحيض الأقل.

قالوا: أقل الحيض نادر فلا يقبل.

قلنا: والأكثر أيضاً نادر وأقل الطهر نادر ثم قبلتم.

مسألة: إذا طلقها في أثناء الشهر وعدتها بالشهور اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت شهرين بالهلال ثم تضيف من الشهر الرابع إلى الشهر الأول ما يتم به ثلاثون يوماً.

وقال أبو حنيفة: في إحدى الروايتين لا تعمل على الهلال بل تعتد بتسعين يومًا.

لنا: أنه يكن الاعتداد بالأهلة فلم تعتد بعدد الأيام كما لو طلقها في أول الأهلة.

قالوا: ما ثبت حكمه في ابتداء العدة وجب الاعتداد به كما لو طلقها في أول الهلال.

قلنا: لأن الهلال هو الأصل في الشهور ولهذا ينتقل عند عدمه إلى العدد في الصوم والعدد بدل عنه فلم يعتبر به إلا في الشهر الذي تعذر فيه اعتبار الهلال.

قالوا: الشهر أكمل من الأهلة فاعتباره أولى.

قلنا: يبطل به إذا طلقها في أول الأهلة.

مسألة: إذا كانت عدة الأمة بالشهور اعتدت بشهرين في أحد الأقوال وبثلاثة أشهر في الثاني وبشهر ونصف [(١)] في الثالث وهو قول أبي حنيفة [(٢)]، فالدليل على الشهرين أنها عدة ذات عدد فكانت في حق الأمة اثنين كالأقراء، ولأن من لزمها عدد من الأقراء لزمها بعددها من الشهور عند عدم الأقراء كالحرة.

قالوا: حق مقدر من حقوق النكاح يتبعض فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالقسم وعدة الوفاة.

قلنا: ذاك ليس ببدل من غيره فاعتبر بنفسه وهذا بدل من الأقراء وهي اثنان في حق الأمة فاعتبر بها الشهور.

قالوا: الأصل أن عدتها قرءاً ونصفًا إلا أنه لا يتبعض فكملت كالقصاص على شريكين والشهور تتبعض فيتنصف كالدية على شريكين.

قلنا: إذا وجبَ تكميل الأقرار وجب تكميل البدل حتى لا يخالف بعض المبدل من بدل ويخالف الدية فإنها ليست ببدل عن القصاص وإنما هي بدل على المقتول وهذا بدل

---

(١) الإفصاح (١٤٣/٢)، روضة الطالبين (٣٧١/٨).

(٢) الإفصاح (١٤٣/٢)، ووافق الأحناف مالك. انظر: الهداية (٣٠٨/٢)، الكافي (٦٢٠/٢-٦٢١).

عن الأقراء فاعتبر.

مسألة: إذا أعتقت الأمة في العدة وهي بائن انتقلت إلى عدة الحرائر في أحد القولين ولا يتنقل في الثاني وهو قول أبي حنيفة.

لنا: هو أنها عتقت قبل انقضاء العدة فأشبهت الرخصة، ولأنه معنى يتغير به صفة عدة الطلاق فوجب الانتقال إليه إذا طرأ في خلال الاعتداد كالحيض.

قالوا: معنى تغير حكم العدة لا على طريق المبدل فلا يوجب التعيين في عدة البائن كالموت.

قلنا: عدة الوفاة من شرطها الزوجية ولهذا قال: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ (البقرة: من الآية٢٣٤) ولا زوجية في البائن وعدة المطلقة ليس من شرطها الزوجية ولهذا قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: من الآية ٢٢٨) وهذه مطلقة، ولأن عدة الوفاة لا تجب في وطء الشبهة وهذه تجب في وطء الشبهة فهي كعدة الأقراء.

مسألة: إذا مات عن المبتوتة في المرض وهي في العدة لم ينتقل عن عدة الطلاق.

وقال أبو حنيفة: تعتد بأقصى الأجلين.

لنا: أنها بانت قبل الوفاة فلا يعتبر في حقها عدة إلى الوفاة كالمطلقة في الصحة.

قالوا: قد ثبت لها الميراث بالموت فأشبهت المتوفاة عنها.

قلنا: لا يسلم الميراث ثم ينكسر بامرأة المرتد.

مسألة: إذا طلقها طلقة رجعية فشرعت في العدة ثم راجعها ثم طلقها قبل الدخول ثبت على العدة في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يستأنف.

لنا: هو أنهما طلاقان تواليا من غير دخول تخللهما ولا اشتغال رحم بالماء فأشبه إذا طلقها ثم طلقها قبل أن يراجعها.

قالوا: لو قلنا بنتِ تفرقت العدة وذلك لا يجوز.

قلنا: بل يجوز ذلك.

قالوا: ما أثبيت به يسقط حكمه توجب الاستئناف كما لو راجعها ووطئها ثم طلقها.

قلنا: لا يسلم أنه سقط.

مسألة: الخلوة لا توجب العدة.

وقال أبو حنيفة: توجب.

لنا: قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ (الأحزاب: من الآية٤٩) ولأنها مطلقة من نكاح ولا إصابة فيه ولا اشتغال رحم بالماء فأشبه إذا لم يخل بها، ولأن مالا يوجب العدة في النكاح الفاسد لا يوجب في النكاح الصحيح كالنظر إليها ولا يلزم الموت فإنه لا يوجد في النكاح ولأنه لو وجبت العدة لملك رجعتها من غير عوض ولا استيفاء عدد كالمدخول بها.

قالوا: عقد على المنفعة فقام التمكين فيه مقام الاستيفاء كالإجارة.

قلنا: المنفعة في الإجارة كالمال فجعل هلاكها تحت يده كالاستهلاك والمنفعة في النكاح كالحر فلم يكن هلاكه كالاستهلاك.

مسألة: العدتان من رجلين لا يتداخلان.

وقال أبو حنيفة: يتداخلان.

لنا: ما روى ابن المسيب وأبو سلمة أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها وتزوجت في عدتها فضربها عمر بمخذفة وضرب زوجها وفرق بينهما وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فإن لم يدخل بها الثاني أتمت عدة زوجها وإن دخل بها أتمت بقية عدة الأول ثم اعتدت للثاني وعن علي في امرأة تزوجت في العدة ففرق بينهما فقضى أنها تأتي ببقية عدتها للأول ثم تأتي للثاني بعدة مستقلة ولأنهما حقان مقصودان لآدميِّيْن ثابتي الحرمة فأشبه الدينين، أو حق يجب لأحد الزوجين على الآخر يتعلق بالوطء فلم يتداخل لاثنين دليله مهر امرأتين، ولأنه عبادة تجب في مدة فلا يقبل التداخل كالصوم في يوم.

قالوا: ما جعل البراءة الرحم تداخل كالعدتين من رجل والعدتين من مشركين والاستبراء.

قلنا: العدتان من واحد لا يتداخلان بل يسقط بقية العدة ويبقى عدة واحدة ثم فرق بين الواحد والاثنين ألا ترى أنه لو قطع يد واحد ثم قتله تداخل ولو قطع يد واحد وقتل أخر لم يتداخل ولأن مال الواحد لا يصان عن بعضه عن بعض ولهذا يجوز أن يتزوجها وهي معتدة منه ولا يجوز أن يتزوجها وهي معتدة من غيره وفي عدة المشركين وجهان وإن سلم فلأن ذاك لا يجب لحقهما إذ لا حرمة لما بهما وإنما يجب لحفظ نسب من يتزوجها من المسلمين وذاك حق واحد والاستبراء إن كان عن وطء فلا يسلم وإن كان

عن ملك فليس هناك الاستبراء استبراء واحد لأنه إذا باعها في مدة الاستبراء سقط وإنما يجب استبراء المشتري فهو كالعدة الواحدة وهذه عدتان لاثنين ولأن الاستبراء يجوز إسقاطه بإحداث مثل ذلك السبب ولا يجوز إسقاط العدة بإحداث مثل ذلك السبب، ولأنه استبراء الملك يجب لحق الله عز وجل ولهذا اشتراها من امرأة وجب فهو كالعدتين لواحد وهذا حقان لآدميين.

قالوا: آجال ولهذا قال تبارك وتعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ (البقرة: من الآية٢٣٤) فهي كآجال الديون.

قلنا: لا نسلم فإن الأجل ما تجلى الحق عند انقضائه وهذا يستوف الحق بانقضائه فهو كالمنافع في مدة الإجارة ولأن الآجال غير مقصودة وإنما جعلت للدين ولهذا لا يثبت من غير دين فهي كالحول في الزكاة يتسع لزكوات والعدة مقصودة لنفسها لا يراد لغير، فهو كصوم الشهرين يصح لكفارتين، ولأن الآجال تتسع لإثبات حقوق الناس وزمان العدة لا يتسع لحق اثنين ولهذا لا يجوز إحداث سبب العدة في زمان العدة فهو كمدة الإجارة.

قالوا: القصد براءة الرحم وذلك يحصل بثلاثة أقراء في حق اثنين.

قلنا: لو صح هذا لوجب أن لا تجب العدة على الصغيرة واليائسة، ومن برئ رحمها بوضع الحمل.

قالوا: ولأنها في الحال يشرع في عدة الثاني بدليل أن سببها قد وجد فلا يتأخر عنه لأنها لو لم تشرع لم يمتنع الأول من نكاحها.

قلنا: يجوز أن تتأخر العدة عن السبب كعدة الموطوءة في النكاح الفاسد يتأخر إلى أن يفرق بينهما فإذا طلق إحدى نسائه تأخرت العدة إلى أن يعين وإن وجد السبب وإنما منع الأول من نكاحها لوجود سبب عدة الثاني ووجود سبب العدة كالعدة في منع النكاح كما قلنا في الموطوءة بالنكاح الفاسد قبل أن يفرق بينهما.

مسألة: إذا تزوجت المعتدة ووطئها الزوج انقطعت العدة حتى يفرق بينهما.

وقال أبو حنيفة: لا ينقطع.

لنا: أنه فراش يمنع من الدخول في العدة فقطع العدة السابقة كما لو طلقها الأول ثم تزوجها غيره.

قالوا: عدة من الزوج فلا ينقطع بوطء غيره كما لو كانت حاملا.

قلنا: الحامل لا تصير فراشاً وهاهنا تصير فراشاً.

مسألة: إذا أسقطت مضغة لم تصور انقضت عدتها.

وقال أبو حنيفة: لا تنقضي.

لنا: قوله عز وجل: ﴿وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: من الآية٤) وقد ثبت أنه حمل بشهادة القوابل، ولأنها أسقطت ما يدل على براءة رحمها فأشبه إذا تصور.

قالوا: لا تصير به أم ولد فأشبه النطفة.

قلنا: تصير في أحد القولين، ثم الاستيلاد للولد وقبل التصور ليس بولد والعدة لبراءة الرحم وذلك يحصل قبل التصور.

مسألة: أكثر الحمل أربع سنين.

وقال أبو حنيفة: سنتان.

لنا: أن امرأة محمد بن عجلان كانت تحمل وتضع في أربع سنين وكانت تسمى حامل الفيل، ومحمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين وإبراهيم بن العقيلي ومنظور بن زياد ولدوا لأربع سنين وقال الشاعر في منظور.

مـــا جئت حتى أيس الناس أن تجيء فـــسميت مـــنظور أوجئت على قدر

ومالك بن أنس حملته أمه ثلاث سنين وقال الليث بن سعد: ولدت مولاة لعمر بن عبد العزيز لثلاث سنين غلاماً وأنا رأيت ذلك الغلام، وقال الأوزاعي: سمعت نساء آل الحجاز يقلن: ما حملت امرأة منا لأقل من ثلاثين شهراً.

فإن قيل: قال الزهري: حملت امرأة سبع سنين وقال عباد بن العوام: ولدت امرأة بواسط لخمس سنين وله شعر إلى منكبيه ومر به طائر فقال كشر.

قيل: لم يثبت ذاك عند الشافعي ولو ثبت عمل به.

فإن احتجوا بأن عائشة قالت: لا يكون الحمل أكثر من سنتين بقدر ما يتحول ظل المغزل [(١)].

قلنا: ترويه جميلة بنت سعد وهي مجهولة، ثم لا يعرف سماعها من عائشة وقيل لمالك هذا الحديث فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان حملت سنتين.

قالوا: روى الأعمش عن أبي سفيان عن أشياخ لنا أن رجلا جاء إلى عمر فقال: خرجت منذ سنتين فجئت وامرأتي حبلى فشاور عمر الناس في رجمها فقال معاذ: إن يكون لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما في بطنها فدعها حتى تضع فوضعت غلاماً

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٣٢٢) برقم (٢٨٠)، وانظر/ التلخيص الحبير (٣/٢٣٥).

قد خرجت ثنيتاه فقال عمر: عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ لولا معاذ لهلك عمر [1].

قلنا: الأشياخ مجهولون.

مسألة: إذا مات صبي وامرأته حامل اعتدت بالشهور.

وقال أبو حنيفة: تعتد بوضع الحمل استحساناً.

لنا: هو أنه حمل منفي عنه فلا يعتد به عنه كما لو حدث بعد الموت ولأنه لو وجب الاعتداد بالحمل لوجب الانتقال إليه إذا حدث لأنه أقوى من الأشهر كالمعتدة بالشهور إذا حاضت.

قالوا: مات وهي حامل فأشبه امرأة البالغ والملاعنة.

قلنا: حمل امرأة البالغ يلحقه وولد الملاعنة يمكن أن يكون منه وهذا لا يمكن.

مسألة: إذا بانت المرأة ثم أتت بولد لأربع سنين فما دونها ألحق بالزوج.

وقال أبو حنيفة: إذا ادعت انقضاء العدة وأتت به لستة أشهر من بعد العدة لم يلحق به.

لنا: هو أنها أتت بولد يمكن أن يكون منه وليس هناك من يساويه ولا من هو أولى منه فلحقه كما لو لم تقر بانقضاء العدة ولأن كل ولد يلاحقه إذا لم يقر بانقضاء العدة لحقه وإن أقرَّ بانقضاء العدة كما لو أتت به لدون ستة أشهر أو ادعت الاثنين من الحيض وانقضاء العدة ثم أتت بولد لستة أشهر ولأنها لا تملك إسقاط النسب فإقرارها في حقه كلا إقرار فإذا ألحقه مع عدم الإقرار لم يسقط بالإقرار ولا يلزم إذا تزوج فإن هناك النسب لا يسقط بل هو ثابت من الزوج.

قالوا: أتت بولد بعد دعوى انقضاء العدة لوقت يمكن حدوثه ولم يقطع ببطلان دعواها فلم يلحقه كما لو أتت بعد وضع الحمل أو أتت به بعد ما تزوجت.

قلنا: ما بعد وضع الحمل لا يمكن أن يكون منه وما بعد النكاح يمكن أن يكون منه ويمكن أن يكون من الزوج فإلحاقه بالزوج أولى لأن فراشه قائم وهاهنا يمكن أن يكون منه وليس هناك من هو أولى منه فكان إلحاقه به أولى من إسقاط نسبه.

قالوا: قد حكمنا بانقضاء عدتها وإحلالها للزوج وما وضعت يجوز أن يكون حادثا فلا ينقضي به ما حكمنا به من غير قطع لأنه نقض اجتهاد باجتهاد.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤٤٣/٧) ح (١٥٣٣٥)، والدارقطني في سننه (٣٢٢/٣)، وسعيد بن منصور في سننه (٩٤/٢).

قلنا: إنما حكمنا بذلك فيما يتعلق بما قام في باب النسب فلا كما لو قال لها: إن حضت فضرتك طالق ثم قالت: قد حضت ثم يبطل به إذا أبانها وقال: لم أدخل بها وحلف فإنا حكمنا بعدم العدة ثم إذا أتت بولد ألحقنا به ونقضنا ما حكما به من غير قاطع، ولأن الإمكان في النسب لا يقطع به فإذا جاز البعض بالقطع جاز بالإمكان، ولأنه يبطل بنص خبر الواحد فإنه ينقض به ما حكم بالاجتهاد وإن لم يكن قطعا.

قالوا: لو وطء أمة ثم استبرأها لم يلحقه ولدها فكذلك إذا طلق زوجته واعتدت.

قلنا: لا يسلم في أحد الوجهين والمذهب أنه لا يلحقه لأن النسب في الأمة أضعف منه في النكاح ألا ترى أنه لا يلحق إلا بالوطئ أو بالإقرار بالولد وفي النكاح يلحق بمجرد الإمكان عندنا وبنفس الملك عندهم ويكتفي هناك بحيضة ولا يكفي هاهنا عندهم إلا بثلاثة أقراء.

مسألة: لا يجب النفقة للمبتوتة في العدة إلا أن تكون حاملا [(١)].

وقال أبو حنيفة: يجب [(٢)].

لنا: قوله عز وجل: ﴿**وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ**﴾ (الطلاق: من الآية٦) وأن من أمات حروف الشرط فدل على أن الحمل شرط في الإنفاق، وروى أبو داود أن النبي ﷺ [(٣)] قال لفاطمة بنت قيس: «**لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً**».

فإن قيل قال عمر: لا تدع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها سمعت رسول الله ﷺ يقول لها السكنى والنفقة، وروى الشعبي هذا الحديث بمحضر الأسود فقال: تروي هذا وقد أنكره عمر.

قلنا: روى أبو داود أنه قال: «**ما كنا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا تدري حفظت أم لا**» ولم يرد عليه وبهذا القدر لا يرد خبر الثقة، ولأنه إنما أنكر ما روت أن النبي ﷺ أمرها أن تنتقل إلى بيت أم شريك ثم قال لها: «**تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم**» [(٤)]، وروت أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها رسول

---

(١) الإفصاح (١٤٣/٢)، ووافق الشافعية مالك انظر: روضة الطالبين (٤٠٨/٨)، بداية المجتهد (٩٥/٢)، الكافي (٦٢٧/٢) لابن عبد البر.

(٢) الإفصاح (١٤٣/٢)، انظر: الهداية (٣٢٥/٢).

(٣) أخرجه مسلم (١١١٧/٢) ح (١٤٨٠).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٨/٢) ح (٢٢٩١).

الله ﷺ سكنى ولا نفقة فأنكر عمر إطلاق الرواية في ترك السكنى والذي يدل عليه أن الذي يخالف الكتاب إسقاط السكنى ولهذا روى مسلم أنه قال لا نترك كتاب الله تعالى لقول امرأة ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ (الطلاق: من الآية١).

فإن قيل: إنما أسقط نفقتها لأنها كانت كالمباشرة قال ابن المسيب: كان في لسانها ذرابة واستطالت على أحمائها ولهذا أسقط سكناها [1].

قيل: روي أن زوجها بعث إليها طلقة بقيت له ووكل عباس بن أبي ربيعة والحارث ابن هشام أن ينفقا عليها فقالا والله ما لها نفقة إلا أن تكون حاملا فذكرت للنبي ﷺ فقال لها: «**لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا**» فالظاهر أن ذلك للطلاق الثلاث وأما السكنى فلم يسقطها وإنما نقلها من موضع إلى موضع، ولأنها معتدة بابن فلا نفقة لها كالمتوفي عنها زوجها أو بائن حامل فأشبهت المطلقة قبل الدخول ولأنه يستبيح وطئها من غير عقد جديد فأشبهت المنقضية العدة ولأنها نفقة تستحق بأحد نوعي الملك فسقطت بزوال الملك كنفقة العبد ولأن النفقة تجب للتمكين من الاستمتاع ولهذا يجب إذا وجد وتسقط إذا فقد والتمكين هاهنا معدوم فلم يجب.

فإن احتجوا بقوله تبارك وتعالى: ﴿وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ (الطلاق: من الآية٦).

قلنا: هذا يرجع إلى السكنى لأنه معطوف عليها.

قالوا: من وجب لها السكنى وجب لها النفقة كالزوجة والرجعية والحامل.

قلنا: إذا خالعها على السكنى وجب لها ولو خالعها على النفقة لم يجب ولأن الله عز وجل أمر بالسكنى وأطلق وأمر بالنفقة وقيد بالحمل فدل على أنهما يختلفان، ولأن السكنى تجب لحق الله تبارك وتعالى ولهذا لا تسقط بالتراضي والنفقة تجب للنكاح وقد زال، ولأن السكنى يجب لصيانة الفراش والنفقة للاستمتاع ولا استمتاع والزوجة تملك الاستمتاع بها والرجعية يملك الاستمتاع بها وإنما ترك باختياره والحامل في أحد القولين لا تجب لها النفقة وإنما تجب لحملها كما تجب لها بعد الوضع إذا ربته في حجرها غير أنها يتقدر بها لأن كفايته بكفايتها وإنما لم ينفق عليه من مال الحمل لأنه لا ملك له قبل الوضع

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٤٧٤)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٣٠٢)، وانظر/ خلاصة البدر المنير (٢/٢٤٦).

في الحقيقة وفي القول الثاني يجب لها لأنه يستمتع برحمها في تربية ولده كما كان يستمتع بها في الوطئ الحائل لا يستمتع بها.

مسألة: تجب السكنى للمتوفى عنها في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ فرق بين هلال بن أمية وامرأته وقضى أن لا بيت لها ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها، وروت فريعة بنت مالك أن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا فقتلوه فسألت النبي ﷺ أن يرجع إلى أهلها وقالت: لم يتركني في مسكن ولا نفقة فقال ﷺ: «**امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله**»(١).

فإن قيل: إذا لم يترك مسكنا لم يجب بالإجماع.

قيل: أراد مسكنا مملوكا والدليل عليه أنه لا يأمرها بالسكنى فيما لا حق فيه، ولأنها معتدة من فراق لا صنع لها فيه فأشبهت المبتوتة.

قالوا: حق يجب بالتسليم فيسقط بالموت كالنفقة.

قلنا: ما وجب التسليم فيه سقط وإنما هذا حق يجب لحق الله تبارك وتعالى في العدة ويخالف النفقة فإنها تجب لها بإزراء الاستمتاع والسكنى تجب لحق الله ولهذا لا تسقط بالتراضي ولو خالعها على النفقة لم تجب عندهم ولو خالعها على السكنى وجبت.

قالوا: من لا نفقة لها لا سكنى لها كالموطوءة بشبهة والقريب.

قلنا: يبطل بالمختلعة على النفقة والموطوءة بشبهة لا يجب لها في نكاحها سكنى فلا يجب في عدته بخلاف هذه وسكنى القريب تجب للمواساة والميت ليس من أهل المواساة وهاهنا تجب لتحصين الماء والميت كالحي في ذلك.

قالوا: لو أوجبناها لأوجبناها على الميت ابتداء أو على الورثة.

قلنا: يبطل بمن طلق امرأته ثلاثاً ثم مات، ولأن ما تقدم سببه يجوز إيجابه كما لو حفر بئراً ووقع فيها بهيمة بعد موته أو أرسل سهما فوقع بإنسان بعد موته.

قالوا: قد صار المسكن للورثة فلو أوجبنا أوجبنا على الورثة.

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/٢٢٦) ح (٢٨٣٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/٤٣٤) ح (١٥٢٧٥)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٤١)، والإمام مالك في موطئه (٢/٥٩١) ح (١٢٢٩)، والطبراني في الكبرى (٢٤/٤٤٠) ح (١٠٧٧).

قلنا: قدر السكنى مستحق لا يدخل في ملك الورثة كاستمتاع الأمة المزوجة.

مسألة: إذا وجبت العدة وهي محرمة وضاق الوقت مضت في الحج.

وقال أبو حنيفة: يقعد للعدة.

لنا: أنهما استويا في الوجوب وتعذر الجمع على الوجه المأمور والإحرام سبق فكان تقدمه أحق.

قالوا: لزمه العدة فأشبه إذا سبقت العدة أو كان وقت الحج واسعاً.

قلنا إذا سبقت العدة كان السبق لها فيقدمها أولى وإذا اتسع الوقت أمكن الجمع بينهما وهاهنا لا يمكن الجمع فوجب أن يقدم السابق.

مسألة: إذا وجبت العدة وهي في السفر أتمت سفرها.

وقال أبو حنيفة: إذا كان بينها وبين المقصد وبين بلدها مسيرة ثلاثة أيام قعدت للعدة.

لنا: هو أنه وجبت العدة في السفر فلم يمنع من المضي فيه كما لو كان بينهما وبين القصد دون ثلاثة أيام، ولأن في قطع السفر والقعود مشقة في وحشة الغربة واسترجاع الأجرة فأشبه إذا كان الموضع مخوفاً.

قالوا: إنشاء السفر صحيح فأشبه الابتداء.

قلنا: ليس بإنشاء وإنما هو استدامه ثم الابتداء لا يجوز وإن كان السفر غير صحيح فلم يؤثر الوصف، ولأن في الابتداء مشقة في ترك السفر وهاهنا مشقة.

مسألة: يجوز للمبتوتة أن تخرج في قوله الجديد.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى جابر قال: طلقت خالتي ثلاثاً فخرجت بخلخالها فلقيها رجل فنهاها فذكرت للنبي ﷺ فقال لها: «**اخرجي فجدي نخلك لعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيراً**»، ولأنها معتدة بابن فجاز لها الخروج بالنهار كالمتوفى عنها، قالوا معتدة من طلاق فلا تخرج من غير ضرورة كالرجعية.

قلنا: تلك زوجة فمنعت بحق الزوجين وهذه بائن.

مسألة: لا إحداد على المبتوتة في قوله الجديد لا يجب[1].

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٤)، روضة الطالبين (٨/٤٠٥).

وقال أبو حنيفة: يجب [1].

لنا: هو أنها معتدة عن غير وفاة فأشبهت الرجعية.

قالوا: معتدة بائن فأشبهت المتوفاة عنها.

قلنا: يبطل بالذمية، والمعنى في الأصل أنه تمسك بنكاحها إلى الموت وهذا قطع عليها النكاح بالطلاق.

مسألة: يجب الإحداد في عدة الصغيرة والمجنونة.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: ما روت أم سلمة أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها فقال النبي ﷺ: «**لا**» مرتين أو ثلاثاً ولم يستفصل أنها صغيرة أو كبيرة، ولأن السبب في الحكم تعليل ولأنها وفاة أوجبت الاعتداد فأوجبت الإحداد كوفاة زوج البالغة العاقلة.

قالوا: عبادة محضة فلم يجب على الصغيرة كالصوم والصلاة.

قلنا: لا نسلم أنها محضة بل يجب لحق الزوج والحزن على فراقه، ولأن لا يدْعون إلى النكاح فيفسد السبب ولأنه لو كان عبادة محضة لافتقرت إلى النية ولأنه وإن كان عبادة إلا أنه تابع للعدة فجاز أن يجب بحكمها كركعتي المقام يدخلها النيابة تبعاً للحج والصوم والصلاة عبادة بدنية تفتقر إلى النية وهذا لا يفتقر إلى النية فهو كنفس العدة.

مسألة: يجب الإحداد على الذمية.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا قوله ﷺ: «**لا تلبس المتوفى عنها زوجها الثياب المشفة والمعصفرة ولا تلبس الحلي ولا تكتحل**» ولأن من لزمها عدة الوفاة لزمها الإحداد أو كالمسلمة، أو ما حرم في عدة المسلمة حرم في عدة الذمية كالنكاح.

قالوا: عبادة محضة فلم يلزم الذمية كالصوم والصلاة.

قلنا: قد بينا أنها ليست محضة، ثم الصوم والصلاة من أحكام الإيمان وهذا من أحكام العدة.

مسألة: تجب العدة على الذمية.

وقال أبو حنيفة: لا تجب إذا كان زوجها ذميا.

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٤)، الهداية (٢/٣١١-٣١٢).

لنا: هو أنه طلاق بعد الإصابة فأشبه المسلمة، ووفاة عن نكاح فأشبه ما قلناه، ولأن كل نكاحين استويا في النسب استويا في وجوب العدة كزكاة الحرة والأمة.

قالوا: العدة تجب لله عز وجل ولحق الزوج وهي غير مطالبة بحقوق الله تعالى ولا الزوج يعتقد ذلك فلم تجب.

قلنا: إلا أنه إذا رفع إلينا حكمها فحكم الشرع كما نقول في الميراث والمهر والنفقة.

قالوا: إذا تزوج الكافر كافرة بغير شهود أقرا عليه فكذلك إذا تزوج في حال العدة.

قلنا: لأن ذاك قد يقر عليه المسلم وهو إذا حكم به حاكم وهذا لا يقر عليه فهو كنكاح الأختين.

مسائل الاستبراء

مسألة: تستبرئ أم الولد بحيضة.

وقال أبو حنيفة: بثلاثة أقراء.

لنا: أنه تربص بالحيض أو تربص يجب من غير نكاح ولا شبهة فاكتفي منه بحيضة كالمشتراة والمسبية ولأنه لم توجد الحرية في حال قيام الفراش فلم يكمل استبراؤها كالأمة المزوجة إذا أعتقت بعد البينونة، ولأنه عدة يختلف بالرق والحرية فلم تجب بعتق أم الولد كعدة الوفاة.

قالوا: تربص وجب لزوال الفراش فلا يكتفى منه بحيضة كعدة النكاح ووطء الشبهة.

قلنا: لا نسلم أنه يجب لزوال الفراش وإنما يجب بالوطء وإنما زوال الفراش شرط ولهذا لا يجب على المطلقة قبل الدخول وإن وجد زوال الفراش، وكالمعنى في الأصل أنه يجب لحق النكاح أو لشبهة النكاح وللنكاح فضيلة وقوة ولهذا لا ينتفي النسب فيه إلا بلعان وفراش الأمة ضعيف.

قالوا: عدة تجب بالوطء على حرة فكانت ثلاثة أقراء كعدة الحرة، والدليل على أنه عدة يحرم النكاح ولو كان استبراء لم يحرم النكاح.

قلنا: بل هو استبراء بدليل أن النكاح والعدة يمنع وجوبه ولا يمنع ذلك وجوب العدة ثم يجوز أن يكون عدة ولا تكمل لنقصان سببه كعدة الأمة في النكاح ويخالف عدة الحرة فإن سببها كامل وهو الوطء في النكاح والحرية في حال قيام الفراش وهاهنا السبب غير

كامل والحرية غير موجودة في حال قيام الفراش وإنما وجدت عند زوال الفراش ولأن الحرة يجب عليها عدة الوفاة بموت الزوج وأم الولد لا يجب عليها بموت السيد.

مسألة: إذا وطئ أمته لم يجز تزويجها قبل الاستبراء.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: ما روى رويفع بن ثابت أن النبي ﷺ قال: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقِ ماءه زرع غيره**»[1]، ولأنه وطء يتعلق به تحريم المصاهرة فمنع التزويج قبل الاستبراء كوطء الشبهة، ولأن هذا مبني على أنها تصير فراشا بالوطء.

قالوا: عقد فأشبه بالبيع.

قلنا: يجوز بيع المعتدة ولا يجوز تزويجها ولأن المشتري هناك يشتري فلا يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهاهنا بخلافه.

مسألة: إذا باع جاريته ثم قايل فيها أو كاتب أمة ثم عجزه لم يطأها قبل الاستبراء.

وقال أبو حنيفة: يطأها.

لنا: هو أنها حرمة بعقد المعاوضة وحلت بفسخها فأشبهت المبيعة بعد القبض، ولأنه ملك وطئها بملك اليمين فلزمه استبراؤها كما لو اشتراها.

قالوا: في المكاتبة تحريم عارض مع بقاء الملك فلم يجب بزواله الاستبراء كما لو تحللت من الإحرام.

قلنا: في أكثر الأحكام كالخارجة من الملك فوجب أن يجعل كالخارجة في الاستبراء لأن الموطء يحتاط له، ولأنه وإن لم يزل الملك في رقبتها إلا أنه زال في استمتاعها لو كان المهر لها بخلاف المخرجة.

قالوا: في المبيعة أنها كالباقية على ملك البائع ولهذا يهلك من ملكه فأشبهت المبيعة بشرط الخيار.

قلنا: لا نسلم بدليل أن نفقتها وزكاة فطرتها على المشتري وأنها بالملك ينفسخ البيع ثم يرجع إليه بعد ذلك ثم الرجوع لا يمنع الاستبراء كالصداق بعد التسليم قبل الدخول.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٤٤٩) ح (١٥٣٦٦)، وأبو داود (٢/٢٤٨) ح (٢١٥٨)، والإمام أحمد في مسنده (٤/١٠٨).

كتاب الرضاع

مسألة: لا يثبت تحريم الرضاع بأقل من خمس رضعات [١].

وقال أبو حنيفة: يثبت برضعة [٢].

لنا: ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «**كان فيما أنزل الله عز وجل عشر رضعات معلومات تحرمن ثم تستحق بخمس معلومات**»[٣] وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يقرأ في القرآن.

فإن قيل: لو صح هذا لعرف الناسخ والمنسوخ في القرآن لاسيما وقد قالت: إنه كان يقرأ إلى أن مات رسول الله، ولأنه لو صح هذا لجاز أن يكون فيما معناه من القرآن ما هو بمنسوخ.

قيل: العشر نسخ رسمه وحكمه والناسخ نسخ رسمه ولم ينسخ حكمه فصار كقوله «**الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم**» وإنما كان يقرأ حكماً كآية الرجم أو كان يقرأه من لا يعرف نسخه، وقولهم إنا لا نأمن أن يكون فيما معناه ما هو منسوخ لا يصح لأن فيما معناه لم ينقل النسخ، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تحرم المصة ولا المصتان**»[٤]، وروت أم الفضل أن أعرابيا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال: يا رسول الله كانت عندي امرأة فتزوجت عليها بامرأة فزعمت الأولى أنها أرضعت امرأتي الحدثى رضعة أو رضعتين أو قال إملاجة أو إملاجتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان**»[٥]، وروى ابن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا**

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٧)، انظر: روضة الطالبين (٩/٧).

(٢) الإفصاح (٢/١٤٧)، ووافق الأحناف مالك. انظر: الهداية شرح بداية المبتدي (١/٢٤٣)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٣٩).

(٣) أخرجه مسلم (٢/١٠٧٥) ح (١٤٥٢).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/٣٨) ح (٤٢٢٥)، والضياء في المختارة (٣/٧٠) ح (٨٧٥)، والترمذي (٣/٤٥٥) ح (١١٥٠)، وقال: حسن صحيح، والبيهقي في الكبرى (٧/٤٥٥) ح (١٥٤٠٤)، والدارقطني في سننه (٤/١٧٣)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٣٠٧)، وأبو داود (٢/٢٢٤) ح (٢٠٦٣)، والنسائي في الكبرى (٣/٣٠١) ح (٥٤٦٧)، وابن ماجة (١/٦٢٤) ح (١٩٤٠)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٩٥) ح (٢٤٦٨٨).

(٥) أخرجه مسلم (٢/١٠٧٤) ح (١٤٥١).

تحرم الرضعة ولا الرضعتان»[1].

فإن قيل: روي عن ابن عباس أنه قال نسخ ذلك.

قيل: أراد دليله لا نطقه.

فإن قيل: دليله يقتضي الثلاث تحرم.

قيل: إلا إن تركنا الدليل بصريح النطق وبقى النطق بحاله ولأن التحريم طريقه الشرع ولم يرد في الشرع أقل من خمس رضعات.

قالوا: روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**تحرم الرضعة ما يحرم الحولان**»[2].

قلنا: لا يعرف هذا في أصل فلا يترك له أخبار عائشة وأم الفضل التي رواها مسلم في الصحيح ولو ثبت حملناه على الخامسة.

قالوا: معنى يوجب تحريماً مؤبداً فلم يعتبر فيه العدد كالولادة والنكاح والوطء.

قلنا: التحريم هناك لا يختص بوقت وهذا يختص بوقت.

قالوا: حكم يتعلق بوصول شيء إلى الجوف فلم يعتبر فيه العدد كإفطار الصائم ووجوب الحد بالشرب.

قلنا: وجوب الخمر يتعلق بوصول النبيذ ثم لا يتعلق بأقل القليل، والمعنى في الأصل أنه يتعلق بهتك الحرمة وهذا يتعلق بما يغذي والقطرة لا تغذي ولهذا يختص بزمان يقع باللبن التغذي ولا يختص ذاك.

مسألة: لا يثبت تحريم الرضاع بعد الحولين [3].

وقال أبو حنيفة: يثبت إلى ثلاثين شهرا [4].

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا إرضاع إلا ما كان في الحولين**»[5]،

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/٤٠-٤١) ح (٤٢٢٨)، والدارقطني في سننه (٤/١٧٣) برقم (٥)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٣٠٧)، وابن ماجة (١/٦٢٤) ح (١٩٤٠).

(٢) لم أجده.

(٣) الإفصاح (٢/١٤٨)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٩/٧)، الروض المربع (٢/٣٢١)، المحرر (٢/١١٢).

(٤) الإفصاح (٢٥/١٤٨)، انظر: الهداية شرح بداية المبتدي (١/٢٤٠).

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/١٧٤) برقم (١٠)، وقال: تفرد برفعه الهيثم بن جميل عن ابن عيينة وكان ثقة حافظاً وابن الجوزي في التحقيق (٢/٣٠٥) ح (١٧٤٨).

=

وروى علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ قال: «**لا إرضاع بعد الفصال**»[1] والمراد بعد الحولين قال الله تعالى: ﴿**وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**﴾ (لقمان: من الآية١٤) ولأنه زمان بعد الحولين فأشبه السنة الرابعة، ولأنه سنة لا يثبت التحريم في آخرها فلم يثبت في أولها كالسنة الرابعة ولأنه وقت لا يستحق فيه أجرة الرضاع فأشبه ما بعد ذلك.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً**﴾ (الأحقاف: من الآية ١٥).

قلنا: روي عن علي وابن عباس أنهما قالا هو أقل الحمل وأكثر الرضاع قال الله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾ (البقرة: من الآية٢٣٣) وقال: ﴿**وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**﴾ (لقمان: من الآية١٤) ويدل عليه أنه إذا جعل الفصال ثلاثين شهراً بقى الحمل بلا حد.

قالوا: زمان يثبت تحريم الرضاع فيه بالإجماع فوجب أن يزاد عليه كالحول.

قلنا: ثبوت الحكم بالإجماع لا يوجب الزيادة عليه كوجوب أجرة الرضاع في الحولين والحول الأول يثبت تحريم الرضاع في آخره فثبت في أوله وفي مسألتنا بخلافه، ولأن الحول الأول يثبت وجوب الأجرة فيما زاد عليه فثبت حكم الرضاع والحولان لا يثبت وجوب الأجرة فيما زاد عليه فلم يثبت فيه حكم الرضاع.

مسألة: الحقنة باللبن تحرم في أحد القولين [2].

وقال أبو حنيفة: لا تحرم [3].

لنا: هو أنه سبيل للفطر فكان سبيلا للرضاع كالفم والأنف.

قالوا: لا يقع به التغذي ولا يقوم به بدن الصبي فأشبه ما يقطر في العين.

قلنا: إلا أنه يفتح السلا ويفتق الأمعاء ويسمن الصبي ويتداوى به فهو كالسعوط والعين ليست بسبيل للقطر وهذا بخلافه.

=

وقال ابن عدي: وغيره لا يرفعه. وقال البيهقي: الصحيح موقوف.

انظر/ التلخيص الحبير (٤/٤).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٤١٦) ح (١١٤٥٠).

(٢) الإفصاح (٢/١٤٨)، انظر روضة الطالبين (٩/٦).

(٣) الإفصاح (٢/١٤٨).

مسألة: اللبن المشوب يحرم [١].

وقال أبو حنيفة: إن كانت الغلبة للمخالط لم يحرم [٢].

لنا: هو أنه وصل عين اللبن المحرم في وقته بعدده إلى جوفه فأشبه إذا كان خالصاً أو غالباً، ولأن ما تعلق به التحريم إذا كان غالباً جاز أن يتعلق به التحريم وإن كان مغلوباً كالخمر والبول، ولأنه اجتمع ما يوجب تحريم الوطء وتحليله فغلب التحريم كالجارية المشتركة.

قالوا: لا يقع عليه اسم اللبن ولهذا لا يحنث به فأشبه الماء الخالص.

قلنا: ينكسر البول إذا استهلك بالماء، ويبطل باللبن إذا استهلك بالدواء في قول بعضهم.

قالوا: لا يقع عليه اسم الرضاع فأشبه إرضاع الكبير.

قلنا: يبطل بالوجوب والسعوط.

قالوا: لا يقع به التغذي ولا يقوم به بدن الصبي فأشبه إرضاع الكبير.

قلنا: يقع به التغذي بمقدار ما فيه من اللبن ثم يبطل بالقطرة وما خلط بالسم اليسير.

قالوا: إذا استهلك الخمر والطيب في الماء سقط حكمها في الحد والفدية فكذلك اللبن.

قلنا: هذا جمع من غير علة ثم البول إذا استهلك بالماء لم يسقط حكمه، والحد يسقط بالشبهة والتحريم يثبت مع الشبهة فهو كتحريم الشرب ولأن الحد والفدية تتعلق بمعنى في العين وهو اللذة والرائحة ولهذا لو زال ذلك من بين مخالط سقط والتحريم يتعلق بعين اللبن وقد وصل عين اللبن.

مسألة: الجبن يحرم.

وقال أبو حنيفة: لا يحرم.

لنا: هو أنه وصل عين اللبن المحرم في وقته بعدده إلى جوفه فأشبه إذا كان مائعاً ولأن ما حرم مائعه حرم جامده كالنجاسة في الماء، ولأنه حكم يثبت في اللبن شرعاً فلم يزل بالجمود كتحريم الزنا.

قالوا: لا يتغذى به الصبي فأشبه اللبن بعد الكبر.

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٩)، ووافق الشافعية أحمد. انظر: روضة الطالبين (٩/٤)، المحرر (٢/١١٢).

(٢) الإفصاح (٢/١٤٩)، وانظر: الهداية شرح بداية المبتدي (١/٢٤٤-٢٤٥).

قلنا: يتغذى به كما يتغذى باللبن.

قالوا: لا يسمى لبناً بدليل أنه لا يحنث بشربه فأشبه سائر المائعات.

قلنا: هو لبن محمد وإنما لا يجوز بيعه باللبن ولا يحنث به لأن ذلك يتعلق بالاسم المتعارف والتحريم يتعلق بالعين ولهذا إذا استهلك الخمر في الماء لم يحنث بشربه ويثبت التحريم.

مسألة: لبن الميتة لا يحرم.

وقال أبو حنيفة: يحرم.

لنا: هو أنه معنى يتعلق به تحريم مؤبد فاختص بحال الحياة كالوطء.

فإن قيل: منفعة الوطء قد فقدت بالموت.

قيل: لم تفقده وإنما يسقط ضمانها.

فإن قيل: الإيلاج فيه كالإيلاج في الحائط.

قيل: وما تخلف من الميتة كالمعتصر من جامد، ولأنه أحد شرطي تحريم الرضاع فإذا وجد بعد الموت لم يثبت التحريم كالاتصال إلى جوف الصبي.

فإن قيل: لأن ذاك لا يغذي.

قيل: أليس لا يغذي ويحرم عندهم ولأنه لبن محرم قبل انفصاله من محله فهو كابن الرجل.

قالوا: لبن آدمية فأشبه ما حلب منها في حال الحياة وسقى الصبي بعد موتها.

قلنا: يبطل باللبن المغلي وما حلب منها في حال الحياة حصل في حال هي من أهل الفعل فلم يسقط حكمه بالموت كحفر البئر وإرسال السهم وهذا حُلب منها في حال ليست من أهل الفعل فلم يكن له حكم.

قالوا: اللبن لا يحله الموت فهو بعد الموت كهو قبله إلا في النجاسة وذلك لا يمنع التحريم كما لو وقعت فيه نجاسة.

قلنا: إلا إنه يحل محله ويسقط حرمته ويخالف ما وقعت فيه النجاسة فإن ذاك انفصل وهو حلال وهذا انفصل وهو حرام فلم يوجب الحرمة.

قالوا: ما تعلق به حرمة إذا انفصل في حياتها لم تسقط حرمته بالموت كالولد.

قلنا: الولد يثبت حرمته في حال الحياة قبل الانفصال واللبن بخلافه ولأن الموت في الولد لا يمنع حرمته وموت الصبي هاهنا يمنع حرمة الرضاع فافترقا.

مسألة: إذا أرضعت إحدى المرأتين الأخرى وجب عليها الضمان.

وقال أبو حنيفة: إن لم يقصد الفسخ لم يجب.

لنا: أتلفت عليه بضع امرأته بالرضاع فأشبه إذا قصدت ولأن كل فعل تعلق به الضمان إذا قصدت به الإتلاف تعلق به الضمان وإن لم يقصد كالرمي.

قالوا غير متعدية فأشبه إذا حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان.

قلنا: يبطل بمن أكل طعام غيره للضرورة والمعنى في الأصل أنه تصرف في ملكه وهذا أتلف حق غيره من غير إذنه.

مسألة: إذا قصدت الفسخ لزمها مهر مثل الصغيرة في أحد القولين ونصفه في الآخر.

وقال أبو حنيفة: يضمن نصفه بالمسمى.

لنا: أن من ضمن شيئا بالإتلاف ضمنه بيد له لا بما ملك به كالمال.

قالوا: لو ضمنه بالبدل لضمنه بجميعه.

قالوا: كنا نقول في أحد القولين وفي الثاني لا يضمن إلا نصفه لأنه جعل قبل الدخول كالمالك لنصفه ولهذا يجب عليه نصف المسمى.

قالوا: البضع لا قيمة له في الخروج من ملك الزوج فلا يضمن إلا ما غرم.

قلنا: لا نسلم وقد بينا ذلك في الخلع.

مسألة: إذا كانت له امرأتان صغيرتان فجاءت امرأة وأرضعت إحداهما ثم أرضعت الأخرى انفسخ نكاح الثانية منهما في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: ينفسخ نكاحهما.

لنا: أن الجمع تم بهما فاختصت بالتحريم كما لو تزوج أحد الأختين ثم تزوج الأخرى أو وطء إحدى الأختين ثم وطء الأخرى.

قالوا: حصلت الأخوة دفعة فأشبه إذا أرضعتهما معا.

قلنا: والجمع أيضا حصل دفعة ثم اختصت الثانية بالتحريم ويخالف إذا أرضعتهما معاً فإن هناك الجمع ثم بهما فهو كما لو تزوجهما. وهاهنا تم بالثانية منهما فهو كما لو تزوج إحداهما بعد الأخرى.

قالوا: لو أرضعت الكبيرة الصغيرة بطل نكاحهما فكذلك هاهنا.

قلنا: لأن هناك لم يترتب سبب البنوة والأمومة وهاهنا ترتب سبب الأخوة.

مسألة: إذا أبانها الزوج وهي ترضع فتزوجت بآخر وحبلت منه وزاد لبنها كان اللبن منهما في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: هو للأول.

لنا: هو أن الحمل سبب للبن فإذا زاد كان الظاهر أن الزيادة لأجله فوجب أن يكون للثاني.

قالوا: يحتمل أن يكون الزيادة للغذاء وتغيير الهواء فلا يجعل للثاني مع الاحتمال.

قلنا: ويحتمل أن يكون من الثاني فلا يجعل للأول مع الاحتمال ولأنه وإن احتمل ما قالوا إلا أن الظاهر أنه من الثاني ويجوز أن يزال اليقين بالظاهر كإيجاب الحقوق وتنجس المياه بخبر الواحد وإيجاب الديات بالأسباب المظنونة.

مسألة: إذا قال امرأتي أختي من الرضاع أو النسب ثم قال أخطأت لم يقبل رجوعه.

وقال أبو حنيفة: يقبل.

لنا: هو أنه أقر بتحريمها على نفسه فلا يقبل دعوى بالخطأ كما لو أقر بعتق أمته أو طلاق امرأته.

قالوا: ليس بإيقاع للفرقة وإنما هو إقرار بأنه لم يصح نكاحها فصار كما لو قال لم أتزوجها ثم قال تزوجتها.

قلنا: الرجوع في الإقرار لا يقبل كما نقول في المال والأصل غير مسلم.

قالوا: إقرار بحق لله عز وجل فقبل فيه الرجوع كالإقرار بالزنا.

قلنا: بحق لله عز وجل وبحق للمرأة فلم يقبل رجوعه ثم يبطل بالإقرار بحد القذف وهدم المسجد والمعنى في الأصل أنه حق الله عز وجل مبني على الدر والإسقاط ولهذا يلقن فيه الرجوع وهذا مبني على الإيجاب فافترقا.

كتاب النفقات

مسألة: الصغيرة تجب لها النفقة في أحد القولين (١).

وقال أبو حنيفة: لا تجب (٢).

لنا: هو أنه معنى من جهة الله تعالى لا صنع لها فيه فلم يمنع وجوب النفقة في الزوجية كالمرض والحيض والرق، ولا يلزم الموت لأنه ينافي الزوجية.

قالوا: لم يوجد التمكين من الاستمتاع فأشبهت الناشزة.

---

(١) الإفصاح (٢/١٥٠)، روضة الطالبين (٩/٦١).

(٢) الإفصاح (٢/١٥٠)، ووافق الأحناف مالك وأحمد انظر: الهداية (٢/٣٢١)، الكافي (٢/٥٥٩)، المحرر (٢/١١٥)، الكافي (٣/٢٢٨).

قلنا: قد وجد القدر الذي يمكن فهي كالحائض والمريضة والرتقاء.

مسألة: نفقة الزوجة مقدرة وتختلف باختلاف حال الزوج فيجب على الموسر مُدَّان وعلى المعسر مدّ و على المتوسط مد ونصف (١).

وقال أبو حنيفة: لا تتقيد بل تجب قدر الكفاية ويعتبر بحالها (٢).

لنا قوله عز وجل: ﴿**لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ**﴾ (الطلاق: من الآية٧)، فاعتبر حال الزوج، ولأنه طعام واجب يستقر في الذمة غير تابع لغيره فكان مقدراً كالطعام في الكفارات.

فإن قيل: ذاك صدقه فهي كالزكوات.

قيل: لو كان كالزكوات لم تجب إلا في مقدار من المال ولأنه يثبت في الذمة في مقابلة بدل يجب تسليمه فكان مقدراً كالثمن في البيع.

فإن احتجوا بقوله ﷺ لهند: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»(٣).

قلنا: المعروف ما قدره في الكفارة من المد والمدين.

قالوا: مؤنة فلا تتقدر كالأدم والكسوة ونفقة الأقارب والعبيد.

قلنا: الأدم تابع فلم يتقدر والنفقة أصل فتقدر ولهذا عفي عن الجهل بالتابع في البيع ولم يعف عن الجهل بالمتبوع، والكسوة مقدرة بما يستر به العورة ثم لا يمتنع أن لا يتقدر الكسوة ويتقدر الطعام كالكفارة ونفقة الأقارب والعبيد لسد الخلة ولهذا لا يستحق فيه التمليك وهذا يجب على سبيل العوض فهو كالثمن ولأن قياسه على الكفارة أولى لأن الله تعالى أجرى أحدهما مجرى الأخرى فقال «**من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم**».

قالوا: من حبس نفسه على الطعام وجبت كفايته كأجناد المسلمين.

قلنا: هناك تجب لإزاحة العلة لا على جهة العوض وهاهنا تجب على سبيل العوض ولهذا يجب هناك كفايتهم وكفاية أهاليهم وعبيدهم وهاهنا لا تجب.

مسألة: إذا أعسر بنفقة امرأته أو بالمهر قبل الدخول ثبت لها الفسخ.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت.

---

(١) الإفصاح (١٤٩/٢)، انظر: روضة الطالبين (٤٠/٩).

(٢) الإفصاح (١٤٩/٢)، ووافق الأحناف مالك وأحمد. انظر: الهداية (٣٢٠/٢)، الكافي (٥٦١/٢)، المحرر (١١٤/٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٥٢/٢) ح (٥٠٤٩).

لنا قوله عز وجل: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾ (البقرة: من الآية٢٣١)، وقوله: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: من الآية٢٢٩)، والمخير بين أمرين إذا تعذر عليه أحدهما تعين عليه الآخر، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته فقال: «**يفرق بينهما**».

فإن قيل: نحمله على التفريق في المكان.

قيل: نحمله عليهما ولأن التفريق إذا أضيف إلى الزوجين اقتضى في العقد ولهذا إذا قيل فارق زوجته لم يعقل منه إلا الفراق في العقد ولأنه نوع ملك يستحق به النفقة فجاز أن يكون للعجز عن الإنفاق فيه تأثير في وجوب الإزالة كملك اليمين.

فإن قيل: نقلب فلا يزال بغير عوض كملك.

قيل: لأن في الأصل يمكن الإزالة بعوض في العادة فأزيل بعوض جمعاً بين الحقين وفي البضع لا يمكن فأزيل بغير عوض، ولأنه إذا أزيل النكاح بالعجز عن الوطء مع قلة الضرر واشتراكها في اللذة فبالعجز عن النفقة والضرر أعظم والحق لها خاصة أولى.

فإن قيل: لأن الوطء لا يمكن تحصيله مع بقاء النكاح والنفقة يمكن تحصيلها.

قيل: تحصيله من جهة الغير لا يمنع الفسخ كما نقول في فسخ البيع بالعيب وفسخ الكتابة بالعجز.

فإن قيل: العجز عن الوطء يمنع استقرار والمهر والعجز عن النفقة لا يمنع لأنه يفرض لها فيصير دينا لها يطالب به.

قيل: لو كان لأجل المهر لوجب أن يكون الخيار للسيد لا للمرأة ولأن الضرر في تأخير النفقة أكثر من الضرر في المهر ولأنه أحد الإمساكين فاستحق إزالته للعجز عن النفقة كإمساك اليد، ولأن المهر عوض في عقد يحتمل الفسخ فللعجز عنه مدخل في فسخه كالعوض في السلم والكتابة.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: من الآية٢٨٠).

قلنا نحن لا نطالبه بما أعسر به وإنما نطالبه بالفراق وهو غير معسر به.

قالوا: عجز عن مال يستحق في الزوجية فلا يثبت به الخيار كالعجز عن نفقة الموسر ونفقة الخادم والنفقة الماضية والمهر بعد الدخول والنفقة في مدة الثلث.

قلنا: نفقة الموسر ونفقة الخادم زيادة ونفقتها أصل لا يخلو منه نكاح فجاز أن

يختلفا ولهذا يثبت الخيار للعجز عن أصل الجماع ولا يثبت للعجز عن جماع الأقوياء وتكرار الجماع والمهر بعد الدخول يثبت به الخيار في أحد القولين، وإن سلم فالمعنى فيه وفي النفقة الماضية أن ما في مقابلته قد فات فلا يمكن استدراكه وما يجب في الحال لم يفت ويمكن استدراكه ولهذا لا ترفع اليد للمهر ولما مضى وترفع لهذا والنفقة في مدة الثلث لا نسلم في أحد القولين وإن سلم فلأن الثلث في حد القلة فأمهل رجاء أن يحد وما زاد في حد الكثرة ولأن في العجز عن الوطء يثبت الخيار بعد حول ولا يثبت في الحال.

قالوا: ما مضى من الزمان لا يثبت له الخيار وما يستقبل لا يثبت له الخيار والحال وينقسم إلى ماضي ومستقبل فلا وجه للخيار.

قلنا: يبطل بدفع البدل والخيار للعجز عن الوطء فإنه يثبت به الخيار مع وجود هذا التقسيم ثم ثبت الخيار لنفقة مستقبلة واجبة وهذا لا يوجد فيما مضى ولا فيما يستقبل.

قالوا: النفقة بإزاء التمكين فإذا عجز وجب أن يزال التمكين دون العقد.

قلنا: الضرر لا يزول بإزالة التمكين لأنها لا تنتفع بنفسها إذ لا يمكنها أن تتزوج فوجب أن يزال التمكين على وجه يزيل الضرر وهو برفع العقد وقد يزال لدفع الضرر ما لم يعجز عن بدله كالكتابة يفسخ في جميع العبد للعجز عن بدل البعض.

قالوا: فراش لا يزال للعجز عن النفقة كفراش أم الولد.

قلنا: من أصحابنا من قال يحتمل أن تعتق وإن سلم فلأنها إذا أعتقت لم تقدر على تحصيل النفقة إلا بنكاح أو اكتساب والجميع يمكن من غير عتق وهاهنا لا يمكن التوصل بالنكاح من غير فراق ولأن أم الولد لا تقدر على تحصيل النفقة بمثل ما أزيل عنها وهذه يمكنها فهي كالعبد القن.

قالوا: في العجز عن الإنفاق بتأخير حقها وفي التفريق إبطال حقه والتأخير أهون من الإبطال.

قلنا: تأخير النفقة أعظم لأنه يؤدي إلى الهلاك ثم يبطل بالعجز عن المسلم فيه والعجز عن مال الكتابة.

مسألة: إذا امتنع من الإنفاق على دابته أجبره الحاكم فإن لم يكن له مال باع عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يجبره وإنما يأمره على سبيل الأمر بالمعروف.

لنا: هو أنه حيوان يجب الإنفاق عليه فكان للحاكم إجباره على ذلك كالعبد.

قالوا: لا يثبت لها حق من جهة الخصومة فأشبه العقار.

قلنا: لا نسلم بل الحاكم ينصب عنها من يخاصم كما ينصب عن العبد المجنون ويخالف العقار فإنه لا حرمة له في نفسه وللحيوان حرمة في نفسه.

ولهذا يأثم إذا منع فضل الماء عن الحيوان ولا يأثم إذا منع فضل الماء للزراعة.

مسألة: إذا سافرت المرأة في حاجتها بإذن الزوج لم تسقط نفقتها في أحد القولين(١).

وقال أبو حنيفة: تسقط (٢).

لنا: هو أنه فعل لم يعصَ به الزوج فأشبه إذا خرجت لحاجة في البلد أو سافرت في حاجة للزوج.

قالوا: خارجة عن قبضة الزوج فأشبه إذا نشزت.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه والمعنى في الأصل أنها غاصبة بذلك ولهذا يسقط وإن كانت في البلد وهاهنا بخلافه.

مسألة: إذا أسلفها نفقة مدة وماتت في أثنائها استرجع لما بقى من المدة.

وقال أبو حنيفة: لا يسترجع.

لنا: هو أنه سلف عما يجب في الثاني فإذا حدث ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو عجل الزكاة قبل الحول ودفعها إلى الساعي.

قالوا: ما دفع من المؤنة لا يرجع فيه كنفقة اليوم والكسوة.

قلنا: في الكسوة وجهان وإن سلم والمعنى فيها وفي نفقة اليوم إن ذاك وجب دفعه وهاهنا دفع ما لم يجب دفعه.

قالوا: هي صلة فلا يرجع فيها بعد التسليم.

قلنا: لا نسلم بل هو عوض فهو كالأجرة المعجلة.

مسألة: لا تسقط نفقة الزوجة بمضي الزمان.

وقال أبو حنيفة: تسقط ما لم تفرض.

لنا: ما روي أن عمر كتب إلى أمر الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بالنفقة لما حبسوا، ولأنه نفقة تجب للزوجة فلم تسقط بمضي الزمان كما لو فرضها الحاكم ولأن ما لا يعتبر حكم الحاكم في وجوبه لم يشترط في استقراره كالثمن والأجرة والمهر ولأنه عوض عن التمكين من

---

(١) الإفصاح (١٥١/٢)، وانظر: روضة الطالبين (٦١/٩).

(٢) الإفصاح (١٥١/٢).

الاستمتاع تجب بوجوده وتسقط بعدمه فهو كالثمن والأجرة.

قالوا: نفقة فلم تصر ديناً بمضي كالسكنى ونفقة الأقارب.

قلنا: السكنى لا تسلم فإن سلم فلأن ذلك يراد للتحصين ولهذا لا يجب فيه التمليك وقد حصل التحصين ونفقة الأقارب تجب على سبيل المواساة لترجية الوقت ولهذا لو كان في ذلك اليوم في دعوة لم تجب نفقته ولو سرق منه ما دفع إليه بذمة ثانيا ولو كان غنياً يكسبه لم تجب وهذا يجب على سبيل العوض فهو كالأجرة ولأن ذاك لو فرض الحاكم سقط وهذه لو فرض لم تسقط.

قالوا: النفقة صلة إذ لو كان عوضاً لصار مع المهر عوضين ولوجب أن لا يجوز مجهولا والصلات لا تصير ديناً.

قلنا: بل هو عوض عن التمكين ولو كان صلة لم يجبر عليها ولم تحبس لأجلها وكما يجوز أن تجب صلة مع المهر جاز أن تجب عوضاً مع المهر ويجوز أن يكون عوضاً وهو مجهول كالاستمتاع ثم لو صح ما قالوا لم يصر ديناً وإن فرض الحاكم كالصلات.

قالوا: ما فات من الاستمتاع لا يصير ديناً فكذلك النفقة.

قلنا: لأن الاستمتاع يستحق في جميع الأوقات فلا يمكن قضاء ما فات منه والنفقة بخلافه.

مسألة: إذا وجبت النفقة وصارت ديناً ثم مات لم يسقط.

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: هو أنه دين يحبس به فأخذ من تركته كالمهر وسائر الديون.

قالوا: صلة فسقطت بالموت.

قلنا: بل هو عوض كالأجرة.

مسألة: لا تجيء نفقة غير الوالدين والمولودين.

وقال أبو حنيفة: تجب نفقة كل ذي رحم محرم.

لنا: هو أنه قرابة لا يستحق بها النفقة مع اختلاف الدين فأشبهت قرابة بني العم أو قرابة لا تستحق بها النفقة في الكسب فأشبه ما ذكرناه أو قرابة لا يتعلق بها رد الشهادة أو لا تحرم منكوحة أحدهما على الآخر فأشبه ما ذكرنا.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ (البقرة: من الآية ٢٣٣) ثم قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: من الآية٢٣٣).

قلنا: المراد به نفقة الزوجات وإنما خص المولود لهن حتى لا يعتقد أن نفقتها تسقط لاشتغالها عن خدمة الزوج وقوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ﴾ (البقرة: من الآية٢٣٣) مثل ذلك يرجع إلى ترك الضارة هكذا قال ابن عباس والدليل عليه أنه ذكر عقيب قوله: ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ (البقرة: من الآية٢٣٣) ولأن ابن العم وارث لا نفقة عليه.

قالوا: ذو رحم محرم من جهة النسب فأشبه الوالد والولد.

قلنا: نقلب فنقول فاستوى فيه حال اتفاق الدين واختلافه كالوالد.

مسألة: إذا بلغت البنت صحيحة سقطت نفقتها عن الأب.

وقال أبو حنيفة: لا تسقط حتى تزوج.

لنا: أنها بالغ له كسب فأشبه الابن، ولأن ما أسقط نفقة الابن اسقط نفقة البنت كالمال.

قالوا: حرمة ضعيفة لأنها لا تقدر على دخول السوق والكسب فهي كالزمنة.

قلنا: نقدر بالغزل والنسج والخدمة ثم يبطل بالابن الذي لا يحسن التجارة.

مسألة: إذا كان للصغير أم وجد فالنفقة على الجد وقال ابن القاص على الأم.

وقال أبو حنيفة: ثلثها على الأم والثلثان على الجد.

لنا: أن له ولادة وتعصيباً فقدم على الأم في الإنفاق كالأب.

قالوا: يرث منه الثلث والباقي للجد فوجب أن تكون النفقة على قدره.

قلنا: عندهم ينفق الخال والميراث لابن العم والمولى يرث ولا ينفق فدل على أنه لا اعتبار بالإرث.

مسائل الحضانة

مسألة: إذا افترق الزوجان كان الولد مع الأم إلى أن يصير له سبع سنين ثم يخير بينهما[١].

وقال أبو حنيفة: الأم أحق بالابن إلى أن يستقل بنفسه ثم يكون الأب أحق وأحق بالبنت إلى أن تبلغ أو تزوج[٢].

لنا: ما روى أبو هريرة أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله زوجي

(١) الإفصاح (٢/١٥٤)، روضة الطالبين (٩/١٠٣).

(٢) الإفصاح (٢/١٥٤)، الهداية (٢/٣١٧).

يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة فقال ﷺ «**يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت**»[(١)].

قال: فأخذ بيد أمه فانطلقت به ولا يقال إنه لعله كان بالغاً لأن الغلام اسم للصغير، ولأن البالغ يخير بين الأبوين وبين نفسه ولأنها قالت سقاني من بئر أبي عتبة أي بلغ من السن هذا القدر، وخير عمر رضي الله عنه غلاما بين أبويه، وقال عمر الحزمي خيرني الخليفة علي بن أبي طالب بين أخي وعمي وقال لأخ لي أصغر مني هذا أيضا لو قد بلغ خيرته وفي الحديث ركب ابن سبع سنين أو ثمان سنين ولأنه يؤمن بالطهارة والصلاة فأشبه البالغ.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال لامرأة «**أنت أحق فيما لم تتزوجي**».

قلنا: هم يضمرون أو يستقل ونحن نضمر أو يبلغ سبع سنين.

قالوا: غير بالغ فلا يخير كما لو كان صغيراً.

قلنا: ذاك لا يعرف من هو أشفق عليه وهذا يعرف.

قالوا: ولا به فلا يرجع فيها إليه كولاية المال.

قلنا: لأنه لا يعرف الخط في المال ويعرف الخط في الحضانة وحسن الشفقة.

قالوا: لو صح اختياره لما قبل رجوعه إذا بدا له.

قلنا: لا يمنع مثل هذا لما نقول في مال في مأكوله ومشروبه يرجع فيه إليه ثم إذا بدأ به قبل منه.

قالوا: الصبي سيئ الاختيار فيختار من لا يؤدبه.

قلنا: لا يزول عنه نظر الأب وتأديبه.

مسألة: إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها فإن طلقت طلقة رجعية عادت حضانتها.

وقال أبو حنيفة: لا تعود.

لنا: أنها طلقة واقعة فعاد بها الحضانة كالبائنة.

قالوا: زوجة فأشبهت غير المطلقة.

قلنا: تلك مشغولة بخدمة الزوج فلا تتمكن من التربية وهذه قد سقط عنها بالطلاق

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (١٠٨/٤) ح (٧٠٣٩)، والدارمي (٢٢٣/٢) ح (٢٢٩٣)، والبيهقي في الكبرى (٣/٨)، وأبو داود (٢٨٣/٢) ح (٢٢٧٧)، والنسائي في الكبرى (٣٨٢/٢) ح (٥٦٩٠)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٥٧/٧) ح (١٢٦١١).

خدمة الزوج.

مسألة: إذا افترق الأبوان بالدار فالأب أحق بالولد[1].

وقال أبو حنيفة: إذا ارتحل الأب أو ارتحلت هي إلى قرية أو مصر فهي أحق[2].

لنا: هو أنه افترقا في المقام فكان الأب أحق به كما لو انتقلت إلى غير ثوبة.

قالوا: للأم مزية في الحضانة فقدمت كما لو كانا في بلد واحد.

قلنا: وللأب مزية في النسب والنسب أقوى لأن في الحضانة يقوم غيرها مقامها وفي النسب لا يقوم غيره مقامه ولأن فيما قلناه جمعا بين الحضانة والنسب وفيما قالوا إخلال بأحدهما فكان ما قلناه أولى.

مسألة: الأخت من الأب أولى من الأخت من الأم ومن الخالة في الحضانة.

وقال أبو حنيفة: الأخت من الأم والخالة أولى.

لنا: هو أنهما شخصان استويا في عدم الولادة فكان أقواهما إرثاً أولاهما بالحضانة كالأخت من الأب والأم مع الأخت من الأب.

قالوا: إذا اجتمع الأب والأم قدمت الأم وإذا اجتمعت العمة والخالة قدمت الخالة فكذلك هاهنا.

قلنا: لأن الأب لا يحسن من التربية ما تحسن الأم والعمة والخالة لا قوة لهما في أنفسهما فقدمنا أقواهما أولاً وهاهنا قوة الأخت من الأب بنفسها وقوة الأخت من الأم والخالة بغيرها فكانت قوتها في نفسها أولى.

مسألة: إذا رضيت الأم بأجرة المثل للرضاع ووجد الأب من يتطوع كانت الأم أولى في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا تجب عليه أجرة المثل للأم بل تجيء المتطوعة وترضعه في منزل الأم.

لنا: إن مالا يسقط حقها من الحضانة لم يسقط حقها من أجرة المثل كما لو وجد من يطلب أجرة المثل.

قالوا: لو وجد من يتطوع بإطعامه لم يلزمه شراء الطعام فكذلك هاهنا.

---

(١) الإفصاح (١٥٥/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، انظر: الكافي (٦٢٥/٢)، حاشية الدسوقي (٥٣١/٢)، روضة الطالبين (١٠٦/٩-١٠٧)، الكافي لابن قدامة (٢٤٨/٣).

(٢) الإفصاح (١٥٥/٣)، انظر: الفتاوي الهندية (٥٤٣/١).

قلنا: لأنه لا مزية للطعام المشترى على غيره وهاهنا لبن الأم أوفق للصبي والأم لبدنه ولهذا لو وجد طعامين بثمن المثل لم يتعين عليه شراء أحدهما ولو طلبت الأم أجرة المثل والأجنبية أجرة المثل لزمه أجرة المثل للأم.

كتاب الجنايات

مسألة: لا يقتل المسلم بالكافر.

وقال أبو حنيفة: يقتل بالذمي.

لنا ما روى علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**المؤمنون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مسلم بكافر ومن قتل فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين**»[1] فدل على أن غير المؤمنين لا يكافئونهم وأنه لا يقتل المسلم بكافر.

فإن قيل: روي أنه قال: «**ولا ذو عهد في عهده**» وعطف المفرد على المفرد كالتثنية كقوله:

كـــان بـــين فكهـــا والفـــك فـــارة مـــسك ذبحـــت في ســـك

فيكون تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر والكافر الذي لا يقتل به ذو العهد هو الذي لا عهد له.

قيل: بل تقديره لا يقتل مسلم بكافر ولا يقتل ذوالعهد ابتداء بكفره لأنه لما قال لا يقتل مسلم بكافر أو هم أن دم ذي العهد غير محقون فبين أنه وإن كان لا يقتل المسلم بالكافر فلا يقتل ذو العهد لإزالة الإشكال وجمع بينه وبين قتل القصاص لاتفاقهما في اللفظ كما قال ﴿**هُوَ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْكُمْ وَمَلائِكَتُهُ**﴾ (الأحزاب: من الآية٤٣) والدليل عليه أنه شرط بقاء العهد وبقاء العهد ليس بشرط في نفي القصاص وروي أن عمر قدم الشام فوجد رجلاً من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فأراد أن يقيده فقال له زيد أتقيد عبدك من أخيك فجعل فيه الدية، وعن عثمان وعلي وابن عمر ومعاوية نحوه ولأنه

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/١٩٤) ح (٧٧١)، والحاكم في مستدركه (٢/١٥٣) ح (٢٦٢٣)، والدارقطني في سننه (٣/٩٨)، وأبو داود (٣/٨٠) ح (٢٧٥١)، والنسائي في الكبرى (٤/٢١٧) ح (٦٩٣٦)، وابن ماجة (٢/٨٩٥) ح (٢٦٨٣)، والإمام أحمد في مسنده (١/١١٩) ح (٩٥٩).

منقوص بالكفر فلا يكافئ دمه دم المسلم كالمستأمن.

فإن قيل: ذاك حقنه غير مؤبد وهذا حقنه مؤبد.

قيل: إلا أنه في أمده كهذا في أبده ولهذا يضمن بالدية ولأنه حرز ولأن المستأجر مؤقت وحرز المملوك بالمنفعة مؤبد ثم يقطع المالك بالسرقة منهما وتحريم الأم مؤبد وتحريم المعتدة مؤقت ويجب الحد في وطئهما.

فإن قيل: في ذلك إباحة مؤجلة كالدين المؤجل فصارت شبهة.

قيل: لا إباحة مع الحقن ولأنه لو كان حكم الإباحة ثابتاً لمنع وجوب الدية كقتل من له عليها قصاص وهي حامل.

فإن قيل ذلك كالمبقي على حكم الدار ولهذا لا يحد بالزنا.

قيل: أو كان ذلك لم يحد بالقذف أيضاً كقتل من له عليها قصاص وهي حامل فإن قيل ذلك كالمبقي على حكم الدار ولهذا لا يحد بالزنا.

قيل: أو كان كذلك لم يحد بالقذف أيضاً ولأنهما لا يتكافآن في حد القذف مع النفقة فلا يتكافأن في القصاص كالأب والابن، ولأنه أحرز نفسه عن غيره بعقد واقع على الضريبة فلا يتساوى دمه كالمكاتب والسيد.

قالوا: روى عبد الرحمن البيلماني أن النبي ﷺ قتل رجلاً قتل معاهداً من أهل الذمة فضرب عنقه وقال: «**أنا أحق من وفى بذمته**»(١).

قلنا: يرويه إبراهيم بن أبي يحيى الحديث وعبد الرحمن منكر الحديث متروك، ثم بينه وبين رسول الله اثنان أو أكثر، ثم يحتمل أنه قتله ثم أسلم.

قالوا: روي أن عمرو بن أمية الضمري قتل كافراً فأقاده النبي ﷺ (٢).

قلنا: لا أصل لهذا الحديث وعمرو عاش إلى أيام معاوية.

قالوا: عقوبة تجب على الذمي لحق الذمي فجاز أن تجب على المسلم لحق الذمي كالقطع في السرقة.

قلنا: ليس إذا وجب عليه لمثله وجب له على من هو أعلى منه كالقصاص يجب على أحد الولدين للآخر ولا يجب للولد على الوالد ويجب على الصحيح للصحيح في الطرف

(١) أخرجه أبو حنيفة في مسنده (١/١٠٤)، وأبو داود في المراسيل (١/٢٠٨).

(٢) أورده الحافظ ابن حجر من حكاية البيهقي عن الإمام الشافعي بلاغاً. انظر/ الدراية في تخريج الهداية (٢/٢٦٢).

ولا يجب للأشل على الصحيح وقطع السرقة لا يعتبر فيه المماثلة ولهذا يؤخذ البدل بنصاب المال وإن لم نشأوه في الجنس ولا في القيمة والقصاص يعتبر فيه المماثلة ولا مماثلة بين المسلم والذمي ولهذا يقطع الرجل سرقة مال المرأة ولا يقطع طرفه بطرفها عندهم، ولأن ذاك عقوبة تجب لله عز وجل وهذه عقوبة تجب للآدمي لا تستوفى إلا بمطالبته بها فهي كحد القذف.

قالوا: الذمي كالمسلم في الحقن وإنما يقضى عنه في الدين فهو كالفاسق والعدل.

قلنا: ليس كالمسلم لأن المسلم حقن دمه بالإسلام والذمي حقن دمه بالذمة وليست الذمة كالإسلام ولهذا يؤمر بالانتقال عن الذمة ولا يؤمر بالانتقال عن الإسلام ويخالف الفسق فإنه لا يمنع من مساواة المسلم في حد القذف والكفر يمنع وشيء من الفسوق لا يمنع من القصاص وكفر المستأمن يمنع من القصاص.

قالوا: لو منع الإسلام وجوب القصاص لمنع الاستيفاء إذا أسلم بعد الجرح أو بعد القتل كالأبوة وهو إذا قتل خال ولده فوجب القصاص لأم ابنه ثم انتقل إلى الابن.

قلنا: الجنون يمنع وجوب القصاص ولا يمنع الاستيفاء استحسانا والثيوبة والحرية يمنع وجوب حد الإنكار والعبيد ولا يمنع الاستيفاء والزيادة في الموهوب يمنع عندهم الرجوع في الهبة ولا يمنع الاستيفاء ويخالف الابن إذا ورث القصاص فإن ذاك ابتداء إيجاب قصاص للابن على الأب وإذا جرح ثم أسلم أو قتل ثم أسلم فقد وجب القصاص لكافر على كافر وإنما أسلم القصاص على ملكه.

مسألة: لا يقتل الحر بالعبد.

وقال أبو حنيفة: يقتل.

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**لا يقتل حر بعبد**»، وعن علي عليه السلام من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر وفي السنة أن لا يقتل حر بعبد، ولأنه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن الزبير رضوان الله عليهم أجمعين.

فإن قيل: روي الحكم عن علي وابن مسعود إذا قتل الحر العبد متعمداً فهو قود.

قيل: هو مرسل ولأنه أحد نوعي القصاص فلا يساوي العبد الحر فيه كالقصاص في الطرف.

فإن قيل: الطرف يعتبر فيه التساوي ولهذا لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء ولا الكاملة الأصابع بالناقصة بخلاف النفس.

قيل: وفي النفس أيضا يعتبر ولهذا لا يؤخذ المسلم بالمستأمن ولا الأب بالابن وإنما

لم تؤخذ الصحيحة بالشلاء والكاملة الأصابع بالناقصة لأن النقص والشلل يتصور في الطرف ولا يتصور في النفس ولهذا لا يتغير بدل النفس بالنقص ويتغير بدل الطرف ولأنهما عينان بدل إحداهما مقدر وبدل غير مقدر فصار كالصحيحة والشلاء.

قالوا: محقونان على التأبيد ليس بينهما ولادة ولا حق ملك فتكافآ في القصاص كالحرين والعبدين.

قلنا: في الأصل يتكافآن في حد القذف وهاهنا لا يتكافأ في حد القذف مع العفة فلم يتكافآ في القصاص كالمسلم والمستأمن.

مسألة: يقطع العبد بالعبد.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أنه أحد نوعي القصاص فجاز أن يثبت بين العبدين كالقصاص في النفس.

قالوا: روي أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء.

فقالوا: يا رسول الله إنا قوم فقراء فلم يقتص رسول الله ﷺ.

قلنا: قضة في عين فلعل كان هناك شبهة أو لم يطالب أهله.

قالوا: التساوي معبر في الطرف ولا يعلم ذلك لأن المقوم قد يخطئ في التقويم فلا نأمن أن يأخذ أكثرهما قيمة بأقلهما ولهذا يجب القصاص في بعض الساعد لأنه لا يؤمن أن يؤخذ أكثر من الحق.

قلنا: الظاهر من المقدم الإصابة ولهذا يقطع السارق بتقويمه ولأنه لو كان لهذا لوجب إذا تحقق أن الجاني أقل قيمة أن يجب لأن أخذ الناقص بالكامل جائز فأما قطع الساعد فإنه لا يضبط المستحق لما فيه من كسر العظم.

مسألة: يقطع الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل.

وقال أبو حنيفة: لا تقطع.

لنا: كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس جرى القصاص بينهما في الأطراف السليمة كالرجلين والمرأتين.

قالوا: بدل طرفه آكد فلا يؤخذ بطرفها كالصحيحة والشلاء.

قلنا: ينكسر بنفسهما والشلاء بطلت منفعتها فلا تساوي الصحيحة وهاهنا يستويان في المنفعة كما استويا في النفس فلم يختلفا.

قالوا: يد كل واحد منهما تصلح لما لا تصلح يد الآخر في أصل الخلقة فصار كاليمين واليسار.

قلنا: ينكسر بنفسهما، واليمين واليسار جنسان مختلفان ولهذا لا تؤخذ يمين الأعسر بيسار غيره وإن استويا في المنفعة.

مسألة: يقطع الجماعة بالواحد.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: ما روى أن رجلين شهدا عند علي عليه السلام على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما.

فقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده [1]، ولا يخبر أنه كان يفعل مالا يفعل لأنه يكون كذبا ولهذا كتب أبو بكر الصديق إلى عكرمة لاتوعدن في معصية أكثر من عقوبتها فإنك إن فعلت أثمت وإن تركت كذبت، ولأنه أحد نوعي القصاص فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية على واحد كالقصاص في النفس ولأن النفس أعظم حرمة ثم يقتل الجماعة بالواحد فلأن يقطع أولى ولأن كل معنى لا يمنع القصاص في النفس لم يمنع في الطرف كالتفاضل في السن والشرف والعلم.

قالوا: كل واحد غير قاطع لجميع اليد فأشبه إذا تميزت جناياتهم أو قطع رجل بعض اليد ثم سرى إلى الباقي.

قلنا: إذا لم يتميز جعل كل واحد منهم كالقاطع للجميع كما جعل كالقاتل للنفس بخلاف ما لو تميز فإنه لم يجعل كالقاطع للجميع ولهذا يقال عند التمييز قطع بعض اليد ولا يقال ذلك عند عدم التمييز وما سرى إليه فهو خطأ في الطرف لأنه لا يقصد إتلاف جميع الطرف بقطع بعضه فهو كالخطأ في النفس وما شاركه غيره فيه ليس بخطأ بل هو مباشرة وعمد فهو كالعمد في النفس.

قالوا: إذا لم يقطع الكاملة بالناقصة لزيادة أصبع فلأن لا يقطع يد بيد أولى.

قلنا: لأن الناقصة لا تساوي الكاملة وهاهنا المقطوع يساوي القاطع إذ كل واحد منهم كالقاطع لليد.

قالوا: الاشتراك في سرقة النصاب لا يوجب القطع عليهما فكذلك الاشتراك في قطع اليد.

قلنا: ذاك حجة لأنه قد يجب القطع عند الاشتراك وهو إذا اشتركا في سرقة نصابين ولأن النصاب يتبعض فيكون كل واحد منهما كالمنفرد بسرقة بعضه وهاهنا لا يتبعض

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٢٥١)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٠/٨٨).

فيصير كل واحد منهما كالمنفرد بقطع اليد.

مسألة: يجب القصاص بالقتل بالمثقل[١].

وقال أبو حنيفة: لا يجب في ثقل غير الحديد وفي الحديد روايتان [٢].

لنا: ما روى أنس أن جارية قد رضَّ رأسها بين حجرين فقيل لها من فعل بك فلان فلان حتى سمي يهودي فأومأت برأسها أي نعم فأخذ فاعترف فأمر به النبي ﷺ فَرضّ رأسه بين حجرين [٣] والرض لا يكون بمحدد.

فإن قيل لعله قتله بنقض العهد.

قيل: عندكم بالقتل لا ينتقض العهد ولأن الظاهر أنه فعل قصاصاً ولأنه آلة يجب بها القتل في المحاربة فأشبه المحدد، أو الحجر شرع القتل به في كبيرة فهو كالسيف ولأنه جهة يقصد بها القتل أو سبب يقتل غالباً فأشبه الضرب بالسيف ولأن كل ما لو أبين به الطرف وجب القصاص فإذا قتل به النفس وجب القصاص كالمحدد ولو لم توجب للقصاص أدى إلى إهدار الدماء.

فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**ألا إن دية قتيل العمد الخطأ قتيل السوط أو العصا مائة من الإبل**»[٤].

قلنا: المراد به العصا الصغيرة لأنه قرنها بالسوط ولأنه جعله عمد خطأ لأنه عمد الضرب وأخطأ في القتل لأنه لا يقتل غالباً والكبير لا يوصف بأنه عمد خطأ.

قالوا: روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فقتلتها فقضى رسول الله ﷺ بديتها على عصبة القاتلة.

قلنا: روى حمل بن مالك بن النابغة هذه القصة بعينها وقال كنت بين امرأتين لي فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فألقت جنيناً ميتاً فقضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة [٥] وقضى أن تقتل المرأة بالمرأة وهذه الرواية أولى لأنه يرويها زوجها.

---

(١) الإفصاح (٢/١٥٨).

(٢) الإفصاح (٢/١٥٨)، وانظر: الهداية (٤/٥٠٤-٥٠٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢/٨٥٠) ح (٢٢٨٢).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٣/٣٦٤) ح (٦٠١١)، والبيهقي في الكبرى (٨/٤٥)، والدارقطني في سننه (٣/١٠٣) برقم (٧٦)، والنسائي في الكبرى (٤/٢٣٢) ح (٦٩٩٨)، وابن ماجة (٢/٨٧٧) ح (٢٦٢٧)، والإمام أحمد في مسنده (٢/١٦٤) ح (٦٥٣٣).

(٥) أخرجه مسلم (٣/١٣١١) ح (١٦٨٢).

قالوا: روى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: «**كل شيء خطأ إلا السيف**»(١).

قلنا: الصحيح كل شيء منه خطأ إلا السيف.

قالوا: آلة لا يقع بها الذكاة فأشبه العصا الخفيف.

قلنا: القطع في غير الحلقوم لا يقع به الذكاة ويجب به القصاص، والضرب بالعصا القصد به التأديب ولهذا شرع في حد البكر والحجر يقصد به القتل ولهذا شرع في رجم الثيب وقتل الكفار ولأن إسقاط القود في ذاك لا يؤدي إلى إهدار الدماء لأنه لا يقصد بها القتل وفي هذا بخلافة.

قالوا: لو وجب في كبيرة لوجب في صغيرة كالمحدد.

قلنا: المحدد نكايته في الباطن فكان صغيره ككبيره وهذا نكايته في الظاهر والكبير يقتل والصغير لا يقتل ولهذا لم يشرع التأديب بصغير المحدد وكبيره وشرع بصغير المثقل دون كبيره.

قالوا: الضرب الكبير بالعصا لا يجب القود في أبعاضه فلا يجب في جملته كجنايات.

قلنا: نصاب السرقة وما يسكر من النبيذ لا يجب الحد في أبعاضه ويجب في جملته وجنايات الخطأ لا يقصد بها القتل وهذا يقصد به ولهذا لا يصح الأمر بالقتل بهذا.

قالوا: مختلف في كونه عمداً فصار شبهة كالوطء في النكاح بلا شهود.

قلنا: ذاك مختلف في إباحته وهذا مجمع على تحريمه وإنما اختلف في كونه موجباً للسقوط فلم يجعل ذلك شبهة كالخلاف في كون الذي في كون الذمي كفؤاً للمسلم في القصاص والخلاف فيمن وطء امرأة في فراشه هل هو زنا.

مسألة: يجب القود على المكره في أحد القولين(٢).

وقال أبو حنيفة: لا يجب(٣).

لنا: هو أنه قتل ظلمًا لإحياء نفسه فكان كالمبتدئ بقتله في إيجاب القود كما لو قتله للمجاعة.

فإن قيل: الضرورة شبهة من جهة الله تعالى فلم يسقط القاص كالسراية والإكراه من

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٤٢)، والدارقطني في سننه (٣/١٠٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٥/٤٢٨) ح (٢٧٦٨١)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٣١٣) ح (١٧٧٤).

(٢) الإفصاح (٢/١٥٩).

(٣) الإفصاح (٢/١٥٩).

جهة الآدمي فهو كمشاركة المخطئ والعامد.

قيل: السراية أوجبها فعل الآدمي فلم تسقط كالسكر بالشرب والضرورة هي التي أوجبت فعل الآدمي فيجب أن يسقط بالضرورة إلى شرب الخمر.

فإن قيل: في دعوى المجاعة متهم.

قيل: إذا منع الطعام أياما لم يتهم ثم يبطل بحد الخمر فإنه يسقط بالاضطرار كما يسقط بالإكراه.

فإن قيل: هناك اضطر إلى أمر بعد القتل وهاهنا اضطر إلى نفس القتل.

قيل: إذا اضطر إلى الأكل فقد اضطر إلى القتل لأنه لا يمكنه دونه.

فإن قيل: يمكنه دفع المجاعة بقطعة من لحمة.

قيل: نقيس على من لا تمكنه أن يقطع من لحمه.

فإن قيل: والاضطرار لا يغير الأحكام والإكراه يغير ولهذا يمنع لزوم البيع.

قيل: والاضطرار قد يغير ولهذا يسقط عنه حد الخمر والسرقة، ولأن ما ثبت في حق أحد الشريكين في القتل ثبت في حق المكره كالآثم والعتق، فإن قيل إنما أثم لأنه قتل مسلم فصار كما لو أعاره سلاحاً أو أمسك رجلا فقتله آخر.

قيل: المعير والممسك أعانا باختيارهما وهذا مكره على ذلك فوجب أن لا يأثم.

قالوا: غير مختار للقتل فأشبه إذا قصد الدفع بقتل أو رمي إلى هدف فأصاب رجلا.

قلنا: الدافع قتل من تعدى عليه وهاهنا قتل من لم يتعد عليه، والمخطئ غير قاصد إلى القتل وهذا قاصد ولهذا لم يأثم هناك ويأثم هاهنا.

قالوا: الإكراه سبب يبيح فصار شبهة وإن لم يبح كالنكاح الفاسد في إسقاط الحد.

قلنا: إلا أنه غير مبيح هاهنا فلم يصر شبهة كالاضطرار للمجاعة ويخالف النكاح فإنه مختلف في إباحة الوطء فصار شبهة والإكراه بخلافه.

قالوا: نقل فعله إلى المكره ولهذا وجب عليه القود فصار كما لو أخذه ورماه على غيره.

قلنا: لو نقل لما أثم ووجوب القود على المكره للمشاركة لا للنقل كما قالوا في إيجاب الجزاء على الدال بقتل الصيد والحد على الرد في قطع الطريق.

قالوا: الإكراه يسقط القتل بكلمة الكفر وهي أعظم فلأن يسقط هاهنا أولى.

قلنا: هناك يسقط المآثم مع عظمها ولا تسقط هاهنا.

مسألة: يجب بقتل العمد أحد الأمرين القصاص أو الدية في أحد القولين(١) وفي القول الثاني لا يجب القصاص وله أن يعفو على الدية من غير رضاء القاتل(٢).

وقال أبو حنيفة: لا يجب غير القصاص ولا يجوز العفو على الدية من غير رضاء القاتل.

لنا: قوله عز وجل: ﴿**فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: من الآية١٧٨).

فإن قيل: العفو البذل قال الله تعالى: ﴿**وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ**﴾ (البقرة: من الآية٢١٩) فيكون معناه إذا بذل القاتل الدية فليتبعه الولي.

قيل: العفو في ترك أظهر منه في البذل ومنه قوله ﴿**وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا**﴾ (البقرة: من الآية٢٨٦) وقوله ﷺ «**عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق**»(٣) ولأنه أوجب على الولي الإتباع وعلى القاتل الأداء أو لا يجب ذلك في البذل ولا ذكر العفو بعد الحق وهو القصاص فالظاهر أنه الترك والإسقاط، وروى أبو شريح أن النبي ﷺ قال: «**ثم أنتم يا خزاعة قتلتم هذا القتيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل**»(٤).

فإن قيل: روى وإن أحبوا فأدوا وذلك يكون بالتراضي.

قيل: ما رويناه صريح وما رووه يحتمل أن يكون المراد به ما رويناه لأن لفظة فاعل ترد في فعل الواحد نقول سافر الرجل وطارق النعل وعاقب اللص ولأنا نحمل ما رووه على غير جنس الدية وما رويناه على جنس الدية ولأنه قصاص يجوز تركه إلى غير جنس الدية بالتراضي فجاز تركه إلى جنس الدية بغير التراضي كما لو كانت يد الجاني أنقص أصابعاً أو رأساً أصغر.

فإن قيل: لأن هناك وجد حقه ناقصاً فهو كما لو أتلف عليه حنطة جيدة فوجد

---

(١) الإفصاح (٢/١٦٠)، روضة الطالبين (٩/٢٣٩).

(٢) الإفصاح (٢/١٦٠)، ووافق الأحناف مالك انظر: الهداية (٤/١٠٥)، الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٩٦).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/١٦) ح (٦٢٠)، وقال: صحيح. وابن ماجة (١/٥٧٠) ح (١٧٩٠)، والإمام أحمد في مسنده (١/١٢١) ح (٩٨٤).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٥٢).

حنطة ردية.

قيل: الموجود غير ناقص فهو كما لو أتلف عليه قفيزاً فوجد نصفه.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (المائدة: من الآية٤٥) وبقوله ﷺ «**العمد قود**»[١].

قلنا: نقول بموجبهما فإن الذي يجب بالجناية هو القصاص وإنما تجب الدية بالعفو، أو توجب القصاص بما قالوا والدية بما ذكرناه.

قالوا: وجد جنس حقه بكماله فلم ينتقل إلى بدله من غير رضاء من عليه كما لو أتلف عليه ماله مثل.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه ثم هناك لو وجد بعض حقه لم يجز فيما وجد أن ينتقل إلى بدله وهاهنا يجوز.

قالوا: معنى يوجب القتل فلم يوجب المال كالردة والقتل في المحاربة.

قلنا: هناك يجب لحق الله تعالى ولهذا لا يجوز أخذ المال منه بالرضاء وهاهنا يجوز ولأن هناك لو وجد بعض حقه وهو اليد الناقصة في السرقة لم يجز أخذ المال وهاهنا يجوز.

مسألة: إذا مات القاتل أخذت الدية من ماله[٢].

وقال أبو حنيفة: لا تؤخذ[٣].

لنا: هو أنه سقط حقه من القصاص بغير رضاه فوجبت الدية في ماله كما لو عفا أحد الشريكين أو وجب القصاص في الطرف فقطع طرفه في حد.

قالوا: مات من عليه القصاص فأشبه العبد.

قلنا: ليس هناك محل تتعلق به الدية فهو كالحر المعسر.

قالوا: القتل لم يوجب غير القصاص فلو أوجبنا الدية لأوجبناها بعد الموت.

قلنا: بل أوجب أحد الأمرين فإذا تعذر أحدهما تعين الآخر ثم يجوز الإيجاب إذا

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٤/٣) برقم (٤٥).

(٢) الإفصاح (١٦٢/٢)، ووافق الشافعية أحمد انظر: شرح معاني الآثار (١٧٩/٣)، المحرر (١٣٠/٢)، الكافي (٢٧٧/٣) لابن قدامة.

(٣) الإفصاح (١٦٢/٢)، ووافق الأحناف مالك انظر: الهداية (٥١٣/٤)، شرح معاني الآثار (١٧٩/٣).

تقدم السبب كما لو حفر بئرا ووقع فيها بهيمة بعد موته .

مسألة: إذا وجب عليه القصاص في الطرف فذهب بأكلة أو قطع ظلما ضمن الدية للمجني عليه[(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يضمن[(٢)].

لنا: أنه قود فات بغير رضا من له الحق فسقط حقه إلى البدل مع الوجوب كما لو قطع في حد أو قصاص.

قالوا: الطرف عنده أمانة ولهذا يلزمه أجرة القصاص فإذا تلف أو أتلف ظلما لم يضمن كالوديعة.

قلنا: بل هو عوض يجب تسليمه فهو كالمبيع في يد البائع ولأنه لو كان كالوديعة لجاز للمجني عليه مطالبة القاطع بالبدل كما يجوز للمودع مطالبة المتلف للوديعة ظلماً.

مسألة: لا يقتل الواحد بالجماعة[(٣)].

وقال أبو حنيفة: يقتل[(٤)].

لنا: هو أنه حقوق مقصورة لآدميين فلم تتداخل كالديون ولأنه أحد نوعي القصاص فلم تتداخل كالقصاص في الطرف، ولأنها جنايات لو كانت على الأطراف لم تتداخل فكذلك في النفس كجنايات الخطأ.

فإن قيل: محل ذاك الذمة وهي تتسع لحقوق الجماعة بخلاف هذا.

قيل: حد البكر يتعلق بالظهر وهو يتسع لحدود ثم يتداخل ولأن فيما تعذر له بدل فوجب أن ينتقل عليه كما قلنا في ذوات الأمثال والطرف.

قالوا: من قتل جماعة قتل بهم كالعبد والمحارب.

قلنا: العبد لا يقتل إلا بالأول وإنما تعذر حق الباقين لعدم المال كالحر المعسر والمحارب يقتل بالأول في أحد الوجهين وإن سلم فلأن قتله يجب لحق الله عز وجل ولهذا لا يدخله العفو فتداخل كقطع السارق وهذا يجب لآدميين فهو كقطع القصاص.

---

(١) الإفصاح (٢/١٥٩)، ووافق الشافعية أحمد انظر: روضة الطالبين (١١/٢٩٧)، المحرر (٢/٣٤٧-٣٤٩لأبي البركات.

(٢) الإفصاح (٢/١٥٩)، انظر: الفتاوي الهندية (٦/١٧).

(٣) الإفصاح (٢/١٥٨)، انظر: روضة الطالبين (٩/١٦٠).

(٤) الإفصاح (٢٥/١٥٨)، انظر: الهداية (٤/٥١٢).

قالوا: الجماعة تقتل بالواحد فكذلك الواحد يقتل بالجماعة.

قلنا: الابن يقتل بالأب ثم لا يقتل الأب بالابن، ولأنا قتلنا الجماعة بالواحد احتياطا للدماء فوجب أن لا يقتل الواحد بالجماعة احتياطاً للدماء ولأن قتل الجماعة كقتل الواحد ولهذا لو أخطأ بعضهم سقط القود عن الباقين وقتل الواحد للجماعة كقتل الجماعة ولهذا لو أخطأ في قتل بعضهم لم يسقط القصاص للباقين.

قالوا: لو استحق الأول القصاص لم يستحق الثاني حتى إذا بدر وقتله لم يصر مستوفيا.

قلنا: يجوز أن يستحقها على الترتيب كما لو أباح الطعام لاثنين وأحدهما مضطر.

مسألة: لا يقطع بين رجل لاثنين.

وقال أبو حنيفة: يقطع لهما ويؤخذ نصف الدية ويقسم بينهما.

لنا: أنه قصاص ثبت نفسين في عين واحد فلا يوفى حق كل واحد منهما من القصاص والدية كالقصاص في النفس لاثنين.

قالوا: وجد كل واحد منهما بدل المتلف من جنسه فاشتركا فيه كما لو أتلف عليهما قفيز حنطة فوجدا بعضه.

قلنا: لأن هناك يجوز أن يثبت لأحدهما بعضه ابتداء هاهنا لا يجوز.

مسألة: إذا وجب القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفي.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: هو أنه ثبت لمعينين لم يتم استيفاؤه فلم يجز لبعضهم أن ينفرد بالاستيفاء كما لو ثبت بين حاضر وغائب.

فإن قيل: الغائب يصح منه العفو فلا نأمن أن يكون قد عفا عنه بخلاف الصغير.

قيل: فيجب أن يزوج الولي الحاضر لجواز أن يكون قد زوجها الغائب ولأن الأصل أنه لم يعف، ولأن الصبي دائما يجوز أن يكون بالغاً ولا يعلم ولأن النائم لا يصح منه العفو ثم لا يستوفي حقه ولأنه إن كان في الغائب يستوفي قصاصاً لم يجب له ولأنه أحد بدلي النفس فلم يجز للكبير أن يستوفي في حق الصغير من غير توليه كالدية.

فإن قيل: الدية تتبعض والقصاص لا يتبعض.

قيل: يجب أن لا يستوفي ولأنه قود ثبت بين نفسين فلا يجوز لأحدهما أن يستوفي الجميع من غير إذن الآخر كالقصاص بين صغير وكبير في عبدهما.

فإن قيل: السبب هناك الملك وهو يتبعض.

قيل: إلا أن القصاص لا يتبعض فيجب أن يستوفى.

فإن احتجوا بأن ابن ملجم قتل علياً عليه السلام فأقاد به الحسن ولم ينتظر بلوغ الصغار.

قلنا: يحتمل أنه قتله بكفره لأن ابن ملجم كان من الخوارج وكان يستحل دمه ومن استحل دم مسلم صار كافراً ولهذا قال ﷺ لعلي عليه السلام: «**إن أشقى الأولين من عقر ناقة صالح وإن أشقى الأولين والآخرين من خضب هذه منك بهذا**»[(١)] أو قتله لسعيه في الأرض بالفساد بقتل الإمام.

قالوا: ولاية على مالا يتبعض فجاز للكبير أن ينفرد بالاستيفاء كولاية النكاح وحد القذف.

قلنا: الحاضر ينفرد بالتزويج ولا ينفرد بالقصاص ثم ولاية النكاح لا تثبت للصغير وحد القذف لكل واحد من الوارثين على الكمال وولاية القصاص تثبت بين الصغير والكبير على سبيل الاشتراك ولهذا لو انفرد ثبت له واستوفى له عندهم وليه ووقف له إلى أن يبلغ عندنا وإذا عفى شريكه ثبت حقه في نصف الدية فلا يجوز أن ينفرد بالاستيفاء.

مسألة: لا يجوز لولي الصغير أن يستوفي في القصاص.

وقال أبو حنيفة: يجوز للأب ويجوز للوصي الطرف خاصة.

لنا: هو أنه تفويت حق على الصغير بغير عوض فلم يملكه الولي كالطلاق والعتاق ولأنه أحد نوعي القصاص فلا يملك الوصي استيفاءه كالقصاص في النفس.

قالوا: بدل النفس فأشبه الدية.

قلنا: الوصي يملك قبض دية النفس ولا يملك القصاص ولأن قبض دية النفس تحصيل لأنه يحفظ له والقصاص تفويت لأن القصد به الشقي ودرك الغيظ ولا تحصل له ذلك.

قالوا: من ولي على غيره اقتص له كالإمام في قتل من لا وارث له.

قلنا: لأن الحق ليس لمعين فينظر وهاهنا الحق لمعين فينتظر حتى يستوفي أو يعفو ولأن تلك الولاية يملك بها الطلاق وهذه الولاية لا يملك بها.

مسألة: إذا عفا أحد الوليين عن القصاص فقتله الآخر وهو لا يعلم بالعفو أو علم ولم يعلم بتحريم القتل لزمه القود في أحد القولين.

---

(١) أخرجه البزار في مسنده (٤/٢٥٤) ح (١٤٢٤)، وأبو يعلى في مسنده (١/٣٧٧) ح (٧٨٥) والطبراني في الكبير (٨/٣٨) ح (٧٣١١).

وقال أبو حنيفة: لا قود عليه.

لنا: هو أنه قتله بعد سقوط القود فكان كما لو قتله قبل وجوب القود أصله إذا كان القصاص له وحده فعفا عنه ثم قتله.

قالوا: قتله وهو يظن أن له قتله فأشبه إذا قتله قبل العفو.

قلنا: من أصحابنا من لم يسلم ثم هناك له حق في قتله وهاهنا لا حق له في قتله فصار كما لو قتله قبل وجوب القود.

مسألة: إذا اشترك الأب والأجنبي في قتل الابن وجب القود على الأجنبي.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنه روح خرجت عن عمد محض مضمون فتعلق بها وجوب القود على المكافئ كما لو انفرد الأجنبي بالقتل أو سقط القود عن أحد الشريكين لا لمعنى في فعله فلا يسقط به عن الآخر كما لو اشترك أجنبيان ثم عفي عن أحدهما ولأنه عفو يلزم الشريكين فجاز أن يلزم أحدهما دون الآخر كحد الزنا.

قالوا: شارك من لا قود عليه فأشبه إذا اشترك المخطئ والعامة.

قلنا ذكر الكرخي أن القود يجب على الأب ثم يسقط فإن الابن تمهيد وكل قتل أوجب الدية لم يثبت الشهادة ولأنه لا كفارة عليه لأنه أوجب القصاص ثم يبطل إذا أخرجه أجنبيان وعفا عن أحدهما قبل الموت فإنه شارك من لا قود عليه ويجب عليه القود والمخطئ سقط عنه القود لمعنى في فعله ولهذا يتصف به الفعل وهاهنا سقط لمعنى في نفسه ولهذا يقال من قتله فيقال الأب قتله ويقال كيف قتله فيقال خطأ ولهذا لو قيل القتل وليس بمخطئ قتله بموات ومتى سقط لمعنى في الفعل يسقط عن الشريك لأنه لا يتمحض العمد بل هو شبه عمد وإذا سقط لمعنى في الفاعل اختص به إذا القتل عمد ولهذا قالوا في المجنون إذا أكره عاقلة على الوطء سقط الحد عنهما لأنه سقط عندهم لمعنى في الفعل وهو أنه ليس بزنا ولو أكره مستأمن مسلمة سقط عن الواطئ دونها لأنه سقط لمعنى في الفاعل ولأن المسقط هناك هو الخطأ وذلك لا يتميز عن العمد فأسقط عنهما كعفو بعض الورثة والمسقط هاهنا هو الأبوة وهو متميز فهو كما لو عفا عن أحد القاتلين ولأنه لو وجد فعل المخطئ والعامد من أحدهما لم يجب القود ولو وجده الأب والأجنبي من الأجنبي وجب القود.

قالوا: فوات الروح إذا حكم فيه بأدنى الحكمين في حق أحد الشريكين لم يحكم فيه بالحكم الآخر في حق الآخر كما لو ذبح المجوسي والمسلم حيوانًا.

قلنا: لأن التحليل والتحريم لا يتبعض فغلب التحريم والقصاص يتبعض فيجب على أحدهما دون الآخر.

مسألة: إذا قطع يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات فعليهما القود في النفس.

وقال أبو حنيفة: يجب على الثاني.

لنا: هو أنه مات من سراية جرحهما فجعلا قافلتين كما لو جرح أحدهما في إصبع والآخر في إصبع آخر، ولأنه جرح لا يمنع القتل لجرح بعده فلا يمنع بجرح قبله كما لو كان في يد أخرى.

قالوا: انقطعت سرايه الجراحة الأولى فكان القاتل هو الثاني كما لو اندملت الأولى أو جاء الثاني فذبحه والدليل على الوصف أن الجراحة قد فقدت وسقط محلها فلا يسري منها ألم.

قلنا: وإن كان لا يتحدد منه سرايه إلا أن ما وصل منها إلى القلب موجود وقد أمرضته وأضعفته فإذا أنضم إليها الثاني تعاونا على قتله وعدم المحل لا يمنع بقاء الأثر كالنار تطفى وتثخن ويبقى حماها في التنور ويخالف إذا اندملت فإن هنا قد زال الألم بالبر والذبح مباشرة فأسقط حكم السبب كالدفع في البئر يسقط حكم الحفر ولأن الذبح يسقط الجنايات بعده والجرح لا يمنع.

مسألة: إذا قطع إصبع رجل فَشُلَّت بجنبها أخرى وجَب عليه القصاص فيما قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أنه جناية لو لم تسر وجب فيها القصاص فإذا اسرت إلى مالا قصاص فيه لم يسقط فيها القصاص كما لو قطع يد امرأة فأسقطت جنيناً.

قالوا: جناية لا يتعلق القصاص بجميعها فلا يتعلق ببعضها كشبه العمد.

قلنا: يبطل ما قسنا عليه ثم جميعها ليس بعمد فلم يوجب القصاص وبعضها عمد فأوجب وشبه العمد لا يتميز العمد فيه عن الخطأ فغلب الإسقاط وهاهنا يتميز فصار كما لو قتل رجلا عمدا وآخر خطأ.

مسألة: إذا قطع الأنملة الوسطى من أصبع ثم سقطت منه الأنملة العليا وجب عليه القصاص.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أنه منع من استيفاء القصاص فيه لاتصال مالا قصاص فيه فإذا زال الاتصال

استوفى كالحامل.

قالوا: نقص عنه في حال الجناية فلا يجب بعد ذلك كما لو قطع يدا أشلّ ثم شلت يده.

قلنا: لم ينقص عنه في حال الجناية ألا ترى أن منفعته كما كانت وبدله كما كان ويخالف الشلاء فإنها ناقصة المنفعة عن الصحيحة في حال الجناية.

مسألة: إذا كان يد الجاني أنقص بأصبع قطع الكف وأخذ منه الأرش عن الإصبع.

وقال أبو حنيفة: لا يأخذ الأرش.

لنا: أنه عضو مقصود بالأرش والدية يقتص منه إذا وجد فأخذ عنه الأرش إذا فقد كما لو قطع إصبعين وله أحدهما.

قالوا: وضع السكين حيث وضع الجاني فلا يأخذ الأرش كما لو قطع الشلاء بالصحيحة.

قلنا: إلا أنه أخذ بعض حقه وأخذ العوض عن الثاني ويخالف الشلاء فإنها كالصحيحة في الخلقة وإنما تخالفها في الصفات والصفة لا تفرد بالبدل كالجودة في الحنطة وهاهنا لا يساويها في الخلقة فأخذ العوض عما عدم كما لو عدم بعض ما أتلف من الحنطة ولهذا لو قطع أصبعين فوجد إحداهما شلاء فقطعهما لم يأخذ معها الأرش ولو لم يجد إحداهما أخذ عنها الأرش.

مسألة: يجب استيفاء القصاص بغير السيف.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: قوله عز وجل: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾ (البقرة: من الآية١٩٤) وروى البراء أن النبي ﷺ قال: «**من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ومن نبش قطعناه**»[1] ، وروي أن يهوديًا رضَّ رأس جارية بين حجرين فأمر النبي ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة[2]، ولأنه آلة يجوز القتل بها في غير القصاص فجاز في القصاص كالسيف أو آلة يقصد بها القتل فأشبه السيف ولأنه أحد نوعي القصاص فجاز

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى(٨/٤٣)، وقال الشيخ ابن الجوزي: وهذا لا يثبت عن رسول الله ﷺ، وإنما قاله زياد في خطبته. التحقيق لابن الجوزي(٢/٣١٧)، نصب الراية للزيلعي (٤/ ٣٤٣).

(٢) تقدم تخريجه.

بالسكين كالقصاص في الطرف.

فإن قيل: الطرف يخالف النفس ولهذا يقطع السارق بالسكين والمرتد لا يقتل عندكم إلا بالسيف.

قيل: لأن تلك حدود فاعتبر فيها جهة الشرع وهذا مجازاة ومقابلة شيء على المماثلة فاعتبر بفعل الجاني.

فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**لا قود إلا بحديد**»(١) و «**لا قود إلا بسيف**»(٢).

قلنا: المراد به إذا قتله بالحديد أو السيف، فإن احتجوا بقوله ﷺ: «**لا يعذب بالنار إلا رب النار**»(٣).

قلنا: نحمله على غير القصاص.

قالوا: ليس بأوحى الآلات فأشبه سقي الخمر وآلة اللواط.

قلنا: الحبوب والأدهان ليس بأنفس الأموال ثم لما كانت مثل المتلف طولب بها وسقي الخمر واللواط محرم بالشرع فلم يعتبر فيه المماثلة والقتل بالنار محرم لحرمة القاتل وقد أسقط حرمته بالقتل ولهذا قالوا فيمن أتلف على نصراني خمراً لا يكلف مثلها ولو أطفأ عليه فلا يكلف مثله.

قالوا: قتل على وجه القصاص فلم يجز بغير السيف كما لو قتله به.

قلنا: القصاص يقتضي المماثلة فلا يجعل علة لإسقاطها ولأن هناك إذا قتله بغيره زاد على حقه وهاهنا يستوفي مثل حقه.

قالوا: تفويت روح مباح فلم يجز بالنار كالذبح.

قلنا: لأن ذاك يراد للأكل فجعل بأسهل ما يمكن وهذا يراد للقصاص والمجازاة فكان مثل ما قتل به.

مسألة: إذا قطع كفه ومات قطع كفه فإن مات وإلا قتل.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

---

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده(١/١٠٨) ح (٨٠٢).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٦٣)، والدارقطني في سننه (٣/٨٧)، وابن ماجة (٢/٨٨٩) ح (٢٦٦٧)، والطبراني في الكبير(١٠/٨٩) ح (١٠٠٤).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/٧٢)، وأبو داود(٣/٥٤) ح (٢٦٧٣)،والإمام أحمد في مسنده (٣/٤٩٤).

لنا: هو أنه قطع طرف يمكن استيفاء القصاص منه فوجب فيه القصاص مع التكافؤ كما لو لم يسر ولأن كل عضو اقتص منه إذا لم يستحق معه النفس اقتص منه مع النفس كما لو قطع يده ثم قتله ولأنه قتل بجهة يجزئ فيها القصاص فجاز أن يستوفي بها القصاص كضرب الرقبة ولا يلزم إذا قطع يده من الساعد في أحد القولين لأن ذلك لا يجزئ فيه القصاص.

قالوا: جناية سرت إلى النفس فلم يفرد بالضمان كجناية الخطأ.

قلنا: لو قطع خطأً ثم قتله لم يفرد القطع بالدية ولو قطع عمداً ثم قتله أفرد القطع بالقصاص ولأن الدية لم تبن على التشفي والقصاص بني على التشفي ودرك الثأر ولهذا يقتل الجماعة إذا اشتركوا ولا يجب عليهم إلا دية واحدة.

قالوا: جرح جرحاً واحداً فلا يجرح به جرحين.

قلنا: إذا جاز أن يجرح في العتق ولم يجرح فيه جاز أن يجرح جرحين ولم يجرح إلا جرحاً واحداً ولأنه يجوز أن يراه لإدراك الثأر كما لو ضربه ضربة فلم يمت.

مسألة: إذا وجب له القصاص في النفس فقطع يده ثم عفي عن النفس لم يضمن اليد.

وقال أبو حنيفة: يضمن.

لنا: هو أنه قطع الطرف في حال أبيح له إتلاف النفس فلم يضمن كما لو لم يعف أو يقبل ورد بعد قطع اليد فلم يوجب ضمان اليد كإسلام المرتد بعد قطع اليد ودخول الصيد إلى الحرم بعد قطع اليد ولأنه قطع الطرف قبل العفو فلم يضمنه كما لو قتله ثم عفا ثم مات.

قالوا: الطرف تابع للنفس وقد صارت النفس مضمونة فكذلك الطرف.

قلنا: هو تابع له قبل القطع فأما بعده فلا كما قلنا في يد المرتد ويد الصيد.

قالوا: لا حق له في الطرف وإنما استحق إتلافه بالنفس فإذا سقط إتلاف النفس سقط إتلاف الطرف كالرهن لما استحق بالدين سقط بالإبراء عن الدين.

قلنا: بل له حق في إتلاف الطرف لأنه جزء من النفس فإذا استوفى الطرف رجع العفو إلى ما بقي ويخالف الرهن فإنه ليس بجزء من الحق وإنما هو وثيقةٌ به فسقط بزوال الحق ولأن الرهن موجود عند الإبراء فسقط والطرف غير موجود عند العفو فلم يعمل فيه العفو كالإبراء بعد فسخ الرهن.

مسألة: يجوز استيفاء القصاص في الطرف قبل الاندمال.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة قال طعن رجل رجلاً بقرن في رجله فجاء إلى النبي ﷺ فقال: أقدني قال: «**دعه حتى يبرأ**» فأعادها عليه مرتين أو ثلاثا والنبي ﷺ يقول حتى يبرأ فأبى فأقادها منه ثم عرج المتقيد فجاء إلى النبي ﷺ فقال: برأ صاحبي وعرجت رجلي فقال له النبي ﷺ «**لاحق لك**»[1] فذلك حين نهى أن يستقيد أحدٌ من جرح حتى يبرأ صاحبه، وروى أيعدك الله أنت عجلت ولأنه أحد نوعي القصاص فجاز أن يثبت معجلاً كالقصاص في النفس.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ نهى أن يستقاد من الجرح حتى يبرأ.

قلنا: هذا بعض حديثا والمراد به على سبيل الكراهة ولهذا استقاد.

قالوا: بدل جراح فلا يستوفى قبل الاندمال كالأرش.

قلنا: لا نسلم في أحد القولين ثم ذاك غير مستقر لأنه قد يزيد وينقص والقصاص مستقر.

قالوا: ربما مات قبل المجني عليه ثم يموت بعده فإن قلتم يقع الموقع كان سلفا في القصاص وإن قلتم لا يقع أوجبتم بعض الدية مع القصاص.

قلنا: من أصحابنا من قال يقع الموقع ولا يكون سلفا لأن السبب قد وجد ومنهم من قال لا يقع لأنه مات من القصاص فلا يعتد فتجب بقية الدية.

مسألة: سراية القصاص لا تضمن.

وقال أبو حنيفة: تضمن.

لنا: قوله تعالى: ﴿**وَلَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ**﴾ (الشورى: ٤١) وقول عمر رضي الله عنه قتله حق لا دية له وقول علي عليه السلام قتله كتاب الله لا دية له ولأنه عقوبة مستحقة مقدرة فلم يضمن سرايتها كالحدود فإن قيل الحدود لا يجوز تركها والقصاص يجوز تركه.

قيل: الضرب للدفع عن النفس لا يجوز تركه وعن المال يجوز ثم لا يضمن سرايته فيهما.

فإن قيل: الحدود تستوفى لله عز وجل وهو لا يضمن كما لو أماته وهذا يستوفى للآدمي يضمن كما لو قتله.

قيل: إن كان ذاك يستوفى فهذا يستوفى بإيجابه وأمره فيجب أن لا يضمن.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩/٤٥٥).

قيل: ما يستوفيه لنفسه يضمن سرايته كضرب الزوجة وقطع اليد ابتداء.

قلنا: مالا يستوفيه لنفسه أيضا يضمن سرايته وهو ضرب الولد فلم يؤثر الوصف، ثم يبطل به إذا قال لغيره دعني أقطع يدك فأذن له وضرب الزوجة موكول إلى اجتهاد فشرط عليه السلامة وهذا مقدرٌ غير موكول إلى اجتهاده فهو كالحدود وقطع اليد ابتداء جناية وعدوان وهذا اقتصاص وانتقام ولهذا يضمن نفس القطع هناك ولا يضمن هاهنا.

قالوا: ولأن ما أخذه على وجه العوض كان مضمونا عليه كالمبيع.

قلنا: المأخوذ على وجه العوض هو العضو وهو غير مضمون وبه يخالف المبيع فإن المأخوذ على وجه العوض هناك مضمون.

مسألة: إذا أوضح رأسه فذهب ضوء عينه وجب القصاص في ضوء العين.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أنه لا يتلف إلا بإتلاف غيره فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس.

قالوا: سراية في غير النفس فلا يوجب القصاص كالسراية في غيره.

قلنا: لأن هناك يباشر بالإتلاف فكانت السراية فيها خطأ وهذا لا يباشر بالإتلاف فصار كالنفس.

مسألة: يقطع ذكر غير الخصي بذكر الخصي.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أن كل عضوين وجب فيهما القصاص إذا أخطأ وجب فيهما القصاص إذا قطع أحدهما بعد الآخر كما لو قطع الذكر أولا، ولأنه ذهاب عضو لا يوجب الشلل في غيره فلا يسقط القصاص فيه كاللسان مع الشفة والجفن مع الحدقة.

قالوا: ذهب منفعة الذكر وهو الإنزال والإحبال فأشبه الذكر الأشل.

قلنا: بل منفعته باقية وهي الإيلاج والماء في الصلب والذكر منفذًا فهو كأنف الأخشم وأذن الأصم ويخالف الأشل فإنه بطلت منفعته ألا تراه لا ينقبض ولا ينتشر ولا يجامع ولأن هناك لو قطع الخصية فشل ذكره وجب عليه ديتان ولو قطع الخصية ولم يشل الذكر لم يجب ديتان .

مسألة: إذا وجب عليه القتل والتجأ إلى الحرم استوفى إليه.

وقال أبو حنيفة: لا يستوفى في الحرم.

لنا: أنه نوع قصاص فلا يمنع الحرم استيفاءه كالقصاص في الطرف.

فإن قيل: الطرف لا يعقد له الأمان في الكفر بخلاف النفس.

قيل: لا يعقد له الأمان لأنه لا يستباح وحده بالكفر وفي الجناية يستباح وحده فجاز أن يثبت له الأمان وحده ولأن كل موضع لا يمنع من القصاص فيه إذا قتل فيه لا يمنع إذا قتل في غيره ثم التجأ إليه كالمدينة.

فإن قيل: إذا قتل فيه فقدر رد الأمان وهتك الحرمة.

قيل: إلا إن ثبت من جهة الشرع فلا يسقط برده كحرمة الحمل لما ثبت بالشرع لم يسقط بقتلها ولأن ما لا يوجب الحرم ضمانه لم يمنع قتله كالحية و العقرب ولأنه قتل لا يتعلق به الكفارة فلم يمنع الحرم منه كقتل الصيد الصائل ولأنه لو كان آمناً له لما تقر يمنع المتابعة و المساواة.

فإن احتجوا بقوله جل وعز:﴿**وَلا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ**﴾(البقرة: من الآية١٩١) .

قلنا: هذا منسوخ بقوله: ﴿**فَإِذَا انْسَلَخَ الأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ**﴾ (التوبة: من الآية٥)

فإن احتجوا بقوله ﴿**أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَماً آمِناً**﴾ (العنكبوت: من الآية٦٧).

قلنا: المراد به القتل المحرم يؤكد تحريمه ويتغلظ به الدية.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً**﴾ (آل عمران: من الآية٩٧).

قلنا: هذا في الكعبة فإنه عطف على قوله ﴿**إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ**﴾ (آل عمران: من الآية٩٦).

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**لا ينفر صيدها ولا يسفك فيها دم**»(١) .

قلنا: السفك هو الدم الحرام ولهذا قال أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء وإنما خص الحرم لتأكيد التحريم فيه.

قالوا: حيوان يضمن بالكفارة فأشبه الصيد.

قلنا: الصيد الناشئ فيه يحرم قتله ولو أنشأ القتل في الحرم لم يحرم قتله ولأن الحرم يوجب ضمان الصيد ولا يوجب ضمان القاتل فهو كالحية والعقرب ولأن الصيد لا ينفر وهذا ينفر.

---

(١) تقدم تخريجه.

قالوا: بقعه من الحرم فهو كالكعبة.

قلنا: الكعبة مسجد ولهذا لو قتل فيه لم يحل قتله ويحرم فيه ذبح سائر الحيوان بخلاف الحرم.

كتاب الديات

مسألة: عمد الصبي عمد تغلظ به الدية في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: وهو كالخطأ.

لنا: أن من جاز تأديبه على القتل جاز أن تتغلظ الدية بقتله كالبالغ ولأنه يؤمر بفعل الصلاة أو يبطل الصلاة بسلامة فأشبه البالغ.

قالوا: تغليظ يتعلق بالقتل فلا يثبت في حق الصبي كالقصاص.

قلنا: يبطل بالتأديب والقصاص عقوبة على البدن وتغليظ الدية ليس بعقوبة ولهذا يثبت في حق الأمة وفي حق العاقلة ولا يجب القصاص وبدنه ليس بمحل للعقوبات وماله محل للغرامات ولهذا إذا ارتد عندهم لم يجب عليه القتل وبزوال ملكه عن أمواله ولو قذف لم يحد ولو أتلف مالا ضمن.

قالوا: مالا يصح عتقه وطلاقه فهو كالنائم.

قلنا: يعارضه أنه يصح صومه وصلاته ويصح عندهم إسلامه وردته والنائم لا قصد له وهذا له قصد ولهذا يؤدب على القتل بخلاف النائم.

مسألة: إذا قتل الأب ابنه وجب عليه دية حالة.

وقال أبو حنيفة: تجب دية مؤجلة.

لنا: هو أنه دية تجب بجناية العمد فلم يتأجل بثلاث سنين كالقصاص ودية الطرف ولا بخفيف يتعلق بقتل الخطأ فلا يتعلق بعمد الأب كالتخميس والحمل على العاقلة.

قالوا: دية تجب بنفس القتل فأشبه دية الخطأ وشبه العمد.

قلنا: عندهم بنفس القتل يجب القصاص ثم يسقط إلى الدية والخطأ اتسع فيه العذر فخف من كل وجه وشابه العمد يشابه الخطأ من وجه فخفف في بعض الوجوه وشابه العمد فلم يخفف في البعض.

قلنا: لا عذر فيه فغلظ من كل وجه.

مسألة: إذا قتل ذا رحم محرم أو في الشهر الحرام أو في الحرم خطأ وجبت عليه دية مغلظة.

وقال أبو حنيفة: تجب دية مخففة.

لنا: ما روي أن عمر قضى فيمن قتل في الحرم أو في الشهر الحرام أو محرما بالدية وثلث الدية وعن عثمان في امرأة قتلت في الحرم بستة آلاف للدية وألفين للحرم وقتل رجل في البلد الحرام في شهر حرام فقال ابن عباس: ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكمل عشرين ألفا فإن قيل: عندكم يغلظ بالأسنان لا بالمقدار ولأن ابن عباس جمع بين التغليظين وعندكم لا يجمع.

قيل: يجوز أن يكون ما زاد في مقابلة التغليظ بالسن ومن أصحابنا قال إذا جعلنا الدراهم أصلا زدنا الثلث للتغليظ والجمع بين التغليظين انفرد به ابن عباس فلا يترك ما اتفقوا عليه، ولأن لهذه المعاني تأثيراً في المنع فأثر في تغليظ الدية كالقصد إلى الضرب والدليل على الوصف قوله تعالى ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ**﴾ (البقرة: من الآية٢١٧) وقوله ﷺ : «**أيها الناس إن أعدى الناس ثلاثة: رجل قتل غير قاتله ورجل قتل بذحل الجاهلية ورجل قتل في الحرم**» ومنع أبو بكر أن يقتل ولده.

قالوا: دية تجب بقتل الخطأ فأشبه إذا قتل في ليلة القدر أو في المدينة أو في الإحرام.

قلنا: إذا ضمنا صيد المدينة غلظنا وفي الدية وفي الإحرام وجهان ثم هذه المعاني لا تأثير لها في المنع من قتل الآدمي بخلاف هذه الأشياء.

قالوا: ما وجب بالقتل لم يتغلظ بالحرم كالكفارة والقصاص ودية العمد.

قلنا: ليس للتغليظ مدخل في الكفارة والقصاص وللتغليظ مدخل في الدية ودية العمد قد بلغت النهاية في التغليظ فلم يحتمل التغليظ بخلاف هذه.

قالوا: لو وجد التغليظ بهذه الأشياء لوجب تغليظات عند اجتماعها.

قلنا: ضمان الصيد يجب بالإحرام ثم لا يجب ضمانان عند اجتماعهما.

مسألة: دية العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة.

وقال أبو حنيفة: خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة.

لنا: ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**ألا إن في قتيل العمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل مغلظة عنها أربعون خلفة في بطون أولادها**»، وروى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى في الدية العظمى بثلاثين حقة وبثلاثين جذعة وأربعين

خلفة.

قالوا: دية فاستوعبا عدد أنواعها أو فلا تجب فيها الحوامل كدية الخطأ.

قلنا: فكان عدد أنواعها وتراً أو كانت أنواعها عقودًا كدية الخطأ.

قالوا: كل موضع وجب فيه الحيوان إن لم يجب فيه الحوامل كالكفارة والغرة والهدي والزكاة.

قلنا: لأن الكفارة والغرة تجب في بني آدم والحمل نقص في بنت آدم والقصد من الهدي اللحم والحمل ينقص اللحم والزكاة تخفيفٌ ومواساةٌ فهي كدية الخطأ وهذا يجب على سبيل التغليظ والحمل فيه زيادة فجاز أن يجب.

قالوا: لو وجب الحوامل لزاد العدد على مائة.

قلنا: الحمل يجري مجرى الصفة لا مجرى الجملة المنفردة ولهذا يتبع في البيع فلا يزيد في العدد.

مسألة: دية الخطأ أخماس عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة.

وقال أبو حنيفة: خمس وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة.

لنا: ما روى سهل بن أبي خيثمة أن رسول الله ﷺ ودى قتل الأنصار بمائة من إبل الصدقة، ولأن مالا يجب في الزكاة في دية الخطأ كالفصلان.

فإن احتجوا بما روى خشف بن مالك الطائي عن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «**دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض**».

قلنا: يرويه الحجاج بن أرطأة عن يزيد بن جبير عن خشف، وحجاج ضعيف، وخشف مجهول لا تعرف عدالته، ولا سماعه من عبد الله، ولأنه اختلفت الرواية عن الحجاج فروي عنه مكان بنت مخاض ابن لبون، ولأنه أصح الروايتين عن عبد الله فكان ما وافق قوله أولى.

قالوا: ابن لبون أقيم مقام بنت مخاض فلو أوجبنا لصارت الدية أرباعاً.قلنا: وإن قام مقام بنت لبون إلا أنهما جنسان فلا يكون أرباعاً.

مسألة: الدية مائة من الإبل فإن أعوزت قومت في قوله الجديد.

وقال أبو حنيفة: مائة من الإبل أم ألف دينار أو عشرة آلاف درهم.

لنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كان يقوم دية الخطأ على أهل القرى أربعمائة دينار أو عدلها من الورق ويقومها على أثمانها فإذا غلت رفع في ثمنها،وإذا هانت نقص من ثمنها، ولأن ما ضمن بنوع من المال في حق الآدمي لم يجز العدول عنه إلى غيره مع وجوده من غير رضاه كما لو أتلف عليه ماله مثلاً، أو حيوان يجب في قتل الآدمي فكان هو الأصل دون غيره كالعتق في الكفارة أو لأنه وجوب تعلق بالحيوان فإذا عدم لم ينتقل إلى تقدير قيمته كما لو غصب حيواناً فمات.

احتجوا: بما روى الشعبي أن الخليفة عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الذهب ألف دينار،وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم.

قلنا:الشعبي عن الخليفة عمر رضي الله عنه : مرسل، ولأنه جعل ذلك بالقيمة.

قال الزهري: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة بعير كل بعير بأوقية فذلك أربعة آلاف درهم، فلما كان في زمن الخليفة عمر رضي الله عنه عزت الإبل ورخص الورق فجعل الخليفة عمر رضي الله عنه كل بعير بأوقية ونصف ثم قلت الإبل ورخص الورق فجعل كل بعير بأوقيتين ثم لم يزل تغلو الإبل ويرخص الورق حتى جعلها عشرة آلاف، وروي اثني عشر ألفاً، ولأنه جعل على أهل البقر مائتي بقرة،وعلى أهل الغنم ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وذلك بالقيمة.

قالوا: ما لا مثل له إذا أتلف وجب ضمانه بالأثمان كسائر الأموال.

قلنا: فلا يجتمع في ضمان بدله الحيوان والأثمان، أو فلا يضمن بدراهم مقدرة بالشرع كسائر الأموال، ولأن ذاك لا يضمن بغير الأثمان فلم يكن ضمانه بالأثمان كذوات الأمثال.

مسألة: الدراهم في القول القديم اثنا عشر ألفاً.

وقال أبو حنيفة: عشرة آلاف.

لنا: ما روى ابن عباس: أن رجلاً قتل على عهد رسول الله ﷺ فجعل ديته اثني عشر ألفاً، ذكره أبو داود.

فإن احتجوا: بما روى الشعبي أن الخليفة عمر رضي الله عنه جعل على أهل الذهب ألف مثقال، وعلى أهل الورق عشرة آلاف.

قلنا: روى مكحول أنه جعل اثني عشر ألفاً.

قالوا: كان صرف الدينار بعشرة،ولهذا قال الخليفة علي عليه السلام: وددت أن لي بكل عشرة منكم رجلاً من فراس بني غنم صرف الدينار بالدرهم ولهذا جعل نصاب الذهب

عشرون، ونصاب الورق مائتي.

قلنا: بل كان كل دينار باثني عشر درهما، ولعل علياً رضي الله عنه قاله في وقت كان الصرف عشرة والزكاة يعارضهما الجزية فإنه يجب دينار أو اثنا عشر درهما، ثم الدية تخالف الزكاة ألا ترى أن نصاب الإبل خمسة ونصاب الذهب عشرون فيكون كل بعير بأربعة دنانير وفي الدية الإبل مائة وفي مقابلتها ألف دينار فيكون كل بعير بعشرة.

مسألة: دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ودية المجوسي عشر دية المسلم[١].

قال أبو حنيفة: مثل دية المسلم[٢].

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم: «**وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل**»[٣] وروى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف[٤]، وروى سعيد بن المسيب أن عمر جعل في دية اليهودي أربعة آلاف والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم[٥] ولأنه تكلف لا يكمل سهمه من الغنيمة فلا تكمل ديته كالمرأة ولا يلزم الكافر لأنه لا حق له في الغنم ولأنه إذا لم تكمل دية المرأة المسلمة وهي أفضل من الكافر فالكافر أولى.

فإن احتجوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم ودى قتيلي عمرو بن أمية الضمري بدية حربيين مسلمين.

قلنا: لعله تبرع كما ودى قتيل الأنصار بخيبر وضحى بكبشين.

قالوا: روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم**»[٦].

قلنا: روى أبو داود هذا الخبر.

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٢)، وانظر: روضة الطالبين (٩/٣٥٨).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٢)، انظر: الهداية (٤/٤٢٤).

(٣) أخرجه المروزي في السنة (١/٦٦) ح (٢٣٦)، وانظر التلخيص الحبير (٤/٢١).

(٤) لم أجده مرفوعاً.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/١٠٠)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٣٥٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٠٧) ح (٢٧٤٥٤).

(٦) لم أجده مرفوعاً، وموقوفاً على ابن مسعود أخرجه: الدارقطني في سننه (٣/١٤٩)، والطبراني في الكبير(٩/٣٥٠) ح (٩٧٣٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٠٦) ح (٢٧٤٤٤)، وعن إبراهيم النخعي أخرجه: عبد الرزاق في مصنفه (٦/١٢٨) ح (١٠٢٢٥).

وقال عثمان: أهل الكتابين لعلى نصف عقل المسلم،فتعارضا وسقطا.

قالوا: ذكر مضمون بالإبل فضمن بمائة منها كالمسلم.

قلنا: المسلم أكمل فكان بدله أكمل كالرجل،وهذا أنقص فكان بدله أنقص كالعنين والمسراة.

قالوا: ضمان مال يتعلق بالقتل فاستوى فيه المسلم والذمي كالكفارة وقيمه العبد.

قلنا: ذاك يستوفى فيه الرجل والمرأة وفي الدية لا يستويان ولأن الكفارة لهتك حرمة الله عز وجل وقيمة العبد ضمان مال فالمسلم كالكافر وهذا يجب لقيمة النفس والكافر لا يكافئ المسلم.

مسألة: يضمن العبد بالقتل بقيمته بالغة ما بلغت [١].

وقال أبو حنيفة: لا يضمن بدية حر بأن بلغ ذلك نقص منه عشرة دراهم [٢].

لنا: أنه سبب يضمن به العبد فضمن به بالغاً ما بلغ كالعتق واليد ولأن ما ضمن باليد لجميع القيمة ضمن به بالقتل لجميع القيمة كسائر الأموال ولأن كل ما ضمن به البهائم ضمن به العبد في القتل كما دون الدية ولأن ضمانه ضمان الأموال بدليل أنه اختلف باختلاف الصفات ويستوي فيه العمد والخطأ والذكر والأنثى فهو كسائر الأموال، ولا يلزم ما دون أرش الموضحة لأن الصفات هناك لا يعتبر لإيحاف القيمة بل تتعرف قدره من دية الموضحة ولأن ذاك جزء من الموضحة فلا يجوز أن يقوم بدية الحر.

قالوا: للحرية تأثير في زيادة البدل ولهذا لو أعتق عبداً قيمة مائة صار بدله بالحرية عشرة آلاف ثم لا يضمن في حال الحرية بأكثر من دية ففي الرق أولى.

قلنا: للجناية أيضًا تأثير في زيادة البدل ثم عند قلة الجناية يضمن بديات وإذا زاد فقتله لم يضمن بأكثر من دية ولأن في حال الحرية بدله مأخوذ من الشرع فوجد ما قدر به وهاهنا بدله مأخوذ من السوق فوجب ما يخرجه السوق.

قالوا: ضمانه ضمان الدماء بدليل أنه يجب فيه القصاص والكفارة فلا يزاد على ألف دينار كالحر.

قلنا: في القصاص والكفارة كما قلتم فأما في القيمة فلا ولهذا لا يختلف ذلك

---

(١) الإفصاح (١٧٤/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر/ الكافي لابن عبد البر (١١٢٨/٢)، روضة الطالبين (٢٥٨/٩)، الكافي لابن قدامة (١٧/٤).

(٢) الإفصاح (١٧٤/٢)، الهداية (٥٥٧/٤).

باختلاف الصفات ويختلف القيمة ولأن القصاص لإحياء النفس والكفارة لحق الله عز وجل والقيمة لدفع الضرر عن المولى فوجب ما يساوي ولأن هذا موجب يتقدر بدله بكل حال.

مسألة: إذا قطع يد عبد ثم أعتقه مولاه وسرت الجناية إلى نفسه لزمه دية حر للمولى منها نصف قيمته.

وقال أبو حنيفة: لا يجب ما زاد على نصف القيمة.

لنا: أنه جناية مضمونة سرت في مضمون فكانت سرايتها مضمونة كما لو لم يعتق.

قالوا: السراية ثابتة للجناية في العمد والخطأ فلو ضمنت لانفردت عن الجناية.

قلنا: ولو لم تضمن لانفردت عن الجناية ثم لا تنفرد عن الجناية في الضمان وإنما تنفرد فيمن يستحق وذلك لأن الجناية وجدت في ملك المولى والسراية وجدت في حال الحرية فوجب المخالفة بينهما وهذا لا يوجد في سائر المواضع.

مسألة: إذا رمى سهماً إلى مرتد فوقع به السهم وهو مسلم وجبت ديته، وإن رمى إلى مسلم فوقع به وهو مرتد لم يجب،وإن رمى إلى عبد وهو حر وجب ديته.

وقال أبو حنيفة: في الأولى لا يجب وفي الثانية تجب وفي الثالثة تجب قيمته.

لنا: هو أن الجناية وجدت وهو مضمون فأشبه إذا حفر بئرا وهناك مرتد وأسلم ووقع فيها ولأنه لو رمى إلى عبد صحيح فوقع به السهم وهو أقطع وجبت قيمته أقطع فدل على الاعتبار بحال الإصابة ولان بالردة خرج عن أن يكون مضموناً فأشبه إذا رماه وهو حي فوقع به وهو ميت أو رمى العبد وهو لأجنبي فوقع به وهو له.

قالوا: الرمي موجب للإصابة لأنه لا يمكن رده ولهذا يعتبر التسمية عنده في الصيد فصار كالجرح الموجب للسراية.

قلنا: إلا أن الجناية تحصل بالإصابة بخلاف الروح فإنه جناية والرمي ليس بجناية وإنما اعتبرنا التسمية حال الرمي لأنه لا يمكن عند الإضافة كما ينوي الصوم بالليل وإن كان الصوم بالنهار.

قالوا: لو رمى وهو حي فوقع السهم وقد مات الرامي وجب الضمان فدل على أن الاعتبار بالرمي.

قلنا: لو حفر بئرا ثم مات ووقع فيها إنسان وجب الضمان ثم لو حفر وهناك مسلم فارتد ووقع فيها لم يجب الضمان.

مسألة: إذا أوضح رأسه فذهب عقله وجب عليه أرش الموضحة ودية العقل في

الجديد [١].

وقال أبو حنيفة: يدخل أرش الموضحة في دية العقل [٢].

لنا: هو أنه جناية في عضو ذهبت به منفعة حالة في عضو آخر فلا يدخل أرشها في دية المنفعة كما لو أوضحه فذهب سمعه أو بصره ولا يلزم إذا قطع اللسان فذهب النطق ولأنه معنى لا يفوت الناس بفواته أو لا يزول ضمان الأطراف بزواله فلا يدخل أرش الموضحة في بدله كالسمع.

قالوا: معنى يزول التكليف بزواله يدخل أرش الموضحة فيه كالحياة.

قلنا: بزوال الحياة تذهب النفس فلو ضمنا الأجرة أكررنا الضمان فيها وبزوال العقل لا تذهب النفس ولهذا يدخل في النفس ما زاد على الدية ولا يدخل في العقل.

قالوا: بطل الانتفاع بالأعضاء فصار كما لو مات.

قلنا: لم يبطل لأنه يأكل ويشرب ويبطش ويمشي ولأنه لو بطلت لما ضمنت أطرافه بالإتلاف كالميت.

مسألة: لا تجب الدية في إتلاف الشعور.

وقال أبو حنيفة: تجب في اللحية والحاجبين وأهداب العينين وشعر الرأس في كل واحد منها دية.

لنا: هو أنه إتلاف شعر فأشبه شعر الصدر، ولأنه إتلاف جمال من غير منفعة فأشبه العين القائمة، ولأن الأهداب تدخل في دية الجفن وما تبع الطرف في الأرش ثم يتقدر بالدية كالكف مع الأصابع والأظافر مع الأصابع.

قالوا: روي أن رجلا أفرغ على رأس رجل قدرا فتمرط شعره فجعل علي رضي الله عنه فيه الدية.

قلنا: هو قول واحد، ولأن زيداً قال في الحاجب ثلث الدية، ولأنه يحتمل أنه أراد بالدية الحكومة.

قالوا: أتلف الجمال على الكمال فأشبه إذا قطع المارن والأذن.

قلنا: يبطل بالعين القائمة والمارن والأذن فيهما جمال ومنفعة فإن المارن يجمع الشم ويمنع وصول الغاز وظهور المخاط والأذن تجمع الصوت وتمنع وصول الماء فهو كاليد

---

(١) الإفصاح (٢/١٧١).

(٢) الإفصاح (٢/١٧١).

الصحيحة وهذا جمال بغير منفعة فهو كاليد الشلاء.

مسألة: إذا ضرب سنَّ رجل فاسودت أو احمرت لزمه الحكومة (١).

وقال أبو حنيفة: تجب فيه دية السن (٢).

لنا: أنه إتلاف جمال من غير منفعة فأشبه إذا ضربها فاصفرت.

قالوا: زال الجمال على الكمال فأشبه المارن.

قلنا: يبطل به إذا اصفر والمعنى في المارن ما مضى.

مسألة: إذا قلع سن رجل ونبت مكانه ضمن أرش المقلوعة في أحد القولين (٣).

وقال أبو حنيفة: لا يجب (٤).

لنا: أنه سن لا ينتظر نباتها في تضمن المقلوعة فلم يسقط أرشها بنباتها كسن أخرى، ولأن هذا شيء رزقه الله تعالى فلا يسقط أرش ما أتلف عليه كما لو قلع له شجرة فنبت مكانها مثلها ولأنه لو كان نباتها يسقط حكم القلع لوجب إذا أقبض من الجاني في السن فعاد له سن أن يقلع ثانياً.

قالوا: عاد مثلها على صفتها فلم يجب ضمانها كما لو ضرب عينه فذهب الضوء ثم عادا أو قلع سن صغيرة فعاد.

قلنا: الضوء عرض فإذا عاد علمنا بأنه لم يتلف وهذا عين وقد تلف والعائد غيره فلم يسقط ضمانه وسن الصغير يستخلف في العادة فلا يعد قلعه إتلافاً وهذا بخلافه.

مسألة: إذا قطع لسان صغير وجبت عليه الدية.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: هو أن ما كملت ديته من الكبير كملت ديته من الصغير كاليد والرجل.

قالوا: لا نطق فيه أشبه لسان الأخرس.

قلنا: لا نطق فيه لصغره فلا يمنع وجوب الدية كذكره ليس فيه إنزال ويده ليس فيها بطش ثم يضمن بالدية ويخالف لسان الأخرس فإنه قد بطلت منفعته وهذا لم تبطل منفعته

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٠)، انظر روضة الطالبين (٩/٢٨١).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٠)، ووافق الأحناف مالك وأحمد، انظر: الهداية (٤/٥٣٣)، كفاية الطالب (٢/ ٢٧٧)، المغني (٩/٦١٨).

(٣) الإفصاح (٢/١٧٠)، وانظر: روضة الطالبين (٩/٢٧٦).

(٤) الإفصاح (٢/١٧٠)، ووافق الأحناف أحمد. انظر: الفتاوي الهندية (٦/٢٦)، المغني (٩/٦١٧).

بل الظاهر الصحة فهو كسائر أعضائه.

مسألة: إذا وطئ زوجته فأفضاها وجبت عليه الدية [١].

وقال أبو حنيفة: لا تجب [٢].

لنا: هو أنه جناية ينفك الوطء عنها فضمنها الزوج كما لو كسر عضواً منها أو عصرها فماتت ولأنه أفضاها فوجب أن يضمن كما لو أفضاها في غير الوطئ ولأن ما ضمن بالإتلاف في النكاح الفاسد ضمن في النكاح الصحيح إذا لم يملك إتلافه كما لو عصرها فماتت ولا يلزم الافتضاض لأنه يملكه.

قالوا: الوطء مستحق عليه بدليل أنه ثبت به الفرقة في الإيلاء والتعنين فلا يضمن ما تولد منه كالقطع في السرقة.

قلنا: لا نسلم أنه مستحق عليه وإنما ثبت به الفرقة في الإيلاء لأنه قصد الإضرار وثبت الفرقة، ولا نسلم أن الإفضاء تولد منه بل هو جناية باشرها باعتماده وتحامله، وبه يخالف القطع فإن السراية حصلت من المأذون وهاهنا المأذون هو الوطء المعتاد فإذا أفضى ضمن كما لو ضرب في التأديب فمات.

مسألة: إذا أفضاها في النكاح الفاسد لزمه المهر والدية.

وقال أبو حنيفة: إن استرسل البول لم يلزمه المهر.

لنا: هو أنه جناية ينفك الوطء منها فلا يدخل حكم الوطء فيها كما لو عصرها فماتت ولأنه جنى واستمتع فلم يسقط ضمان الاستمتاع كما لو وطئها وأفضاها بخشبة، ولأن المهر عوض عن المنفعة والدية بدل عن العضو فلا يدخل ضمان أحدهما في الآخر كما لو أستأجر عبداً فاستخدمه ثم قطع عضواً منه ولأنهما حقان يجبان بسببين مختلفين فلا يسقط أحدهما بالآخر كما لو قتل المحرم صيداً مملوكا.

قالوا: الفعل الواحد لا يجب به بدلان المستحق واحد كما لو أفضاها بأصبع أو قطع يده وسرى إلى النفس.

قلنا: الفعل اثنان الوطء والإفضاء بالتحامل والزيادة ولأنه وإن كان الفعل واحداً إلا أن المتلف اثنان المنفعة والحاجز فوجب ضمانهما كما لو قلع أجفانه فذهب عينه ويخالف

---

(١) الإفصاح (١٧٢/٢)، ووافق الشافعية أحمد (في رواية) انظر: روضة الطالبين (٣٠٣/٩).

(٢) الإفصاح (١٧٢/٢)، ووافق الأحناف أحمد (في الرواية الأخرى)، انظر: الفتاوي الهندية (٢٨/٦)، الكافي لابن قدامة (٢٤/٤).

إذا أفضاها بإصبع لأنه لم يوجد إلا إتلاف العضو وهاهنا وجد الإتلاف والاستمتاع ولهذا لو أولج بإصبع من غير إفضاء لم يجب المهر وهاهنا يجب وإذا قطع اليد ثم مات فقد أوجبنا دية النفس واليد من جملتها فلو ضمناه لكررنا الضمان فيها والوطء ليس من جملة الحاجز ولهذا لو وطئ ثم أفضى بخشبة وجب ضمانها ولو قطع اليد ثم قتله لم يجب ضمانها.

مسألة: إذا زنا بامرأة فأفضاها وجب عليه الدية.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنه جناية ينفك الوطء عنها فلم يسقط ضمانها بالإذن في الوطء كما لو عصرها فماتت.

قالوا: تولد من المأذون فأشبه إذا قالت اقطع يدي فقطع وسرى إلى نفسها.

قلنا: لا نسلم بل المأذون هو الوطء والإفضاء جناية مبتدأةٌ لم تدخل في الإذن بخلاف سراية القطع فإن ذاك ليس بجناية مبتدأة.

مسألة: إذا اختلف الجاني والمجني عليه في شلل الذكر المقطوع فالقول قول المجني عليه في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: قول الجاني.

لنا: هو أنه يتعذر عليه إقامة البينة والأصل السلامة فكان القول قوله كما لو ادّعى عليه دينا.

قالوا: الأصل براءة ذمة الجاني فكان القول قوله كما لو اختلفا في عضو ظاهر.

قلنا: ذاك لا يتعذر إقامة البينة عليه وهاهنا يتعذر.

مسألة: إذا اختلفا في الملفوف فقال: الجاني كان ميتا وقال: الولي كان حيا فالقول قول الولي فيما حكاه الربيع.

وقال أبو حنيفة: القول قول الجاني وهو المنصوص.

لنا: أن الأصل أنه مضمون فأشبه إذا قال الجاني ارتد وأنكر الولي.

قالوا: الأصل براءة ذمته فلا يزال بالشك.

قلنا: الأصل بقاؤه على حكم الضمان فيتعارض هذان الأصلان كان إيجاب الضمان أولى لأنه أحوط للدم.

مسألة: إذا حبس صغيراً في موضع فلسعته حية فمات لم يضمنه.

وقال أبو حنيفة: يضمنه.

لنا: هو أنه حر فلا يضمنه بهذا السبب كالكبير ولأن مالا يضمنه إذا مات حتف أنفه لم يضمنه إذا مات من لسع الحية كالودائع.

قالوا: قربه من المهلكة وهو ممن لا يمكنه الاحتراز فصار كما لو حفر بئرا فوقع فيها.

قلنا: يبطل به إذا أمسكه حتى قتله آخر ولأن الكبير لا يمكنه التحرز في زمن الليل ثم لا يضمنه.

مسألة: إذا صاح على صبي وهو على سطح فوقع ومات ضمنه.

وقال أبو حنيفة: لا يضمنه.

لنا: هو أن هذا سبب لوقوعه لضعف عقله فهو كحفر البئر في الطريق.

قالوا: لا يضمن به الكبير فلا يضمن به الصغير كما لو رآه ففزع منه.

قلنا: قال أبو هريرة إن تغفل الكبير بالصياح ضمن ثم هذا يبطل به إذا حبسه حتى لسعته حية ولأن الكبير معه من العقل مالا يكون هذا سبباً لوقوعه والصغير بخلافه، والرواية مألوفة فلم يضمن به بخلاف الصياح.

مسألة: إذا بعث الإمام إلى امرأة يستدعيها فأجهضت جنينها وجب ضمانه.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: أن عمر بعث إلى امرأة ذكرت عبد بسوء فأجهضت ذا بطنها فقال له عثمان وعبد الرحمن: إنك مؤدب فلا شيء عليك وقال علي: أن اجتهدا فقد أخطأ تمليك الدية ولأن هذا سبب لإلقاء الخير فأشبه حفر البئر.

قالوا: هذا ليس بسبب للهلاك في العادة فهي كما لو بعث إلى رجل فمات.

قلنا: الرجل به من العقل مالا يكون هذا سبباً لهلاكه والمرأة بخلافه.

مسألة: إذا مال حائطه إلى الطريق ولم ينقضه حتى وقع على إنسان فقتله لم يضمنه في ظاهر المذهب.

وقال أبو إسحق: يضمنه [1].

وقال أبو حنيفة: إن تقدم إليه بإزالته ضمن استحسانا [2]، فالدليل على أنه لا يضمن هو أنه وضعه في ملكه ووقع بغير فعله فأشبه إذا لم يتقدم إليه ولأنه لو كان سبباً للضمان

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٨).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٨)، وانظر: الهداية (٤/٥٤١).

لضمن به وإن لم يتقدم إليه كوضع الحجر.

قالوا: اشتغل حق غيره بملكه فإذا طولب بأن يضمن ما تلف به كما لو نصب سكيناً في الطريق.

قلنا: فاستوى الأمر بين أن يطالب وبين أن لا يطالب كما لو نصب سكينا والدليل على أنه يضمن وأن ما يتقدم إليه أنه يجب إزالته فإذا لم يفعل ضمن ما تلف به كما لو تقدم وكما لو وضع حجرا في الطريق.

قالوا: اشتغل ملك غيره بملكه من غير فعله فلم يضمن ما هلك به من غير مطالبته كما لو ألقت الريح ثوبه في دار غيره فتعثر به إنسان.

قلنا: إن عرف ضمن وإن لم يعرف فلأنه لم يجب عليه الإزالة و هاهنا وجبت إزالته فضمن من غير مطالبة كما لو حصل نقض داره في الطريق.

مسألة: إذا فرش في المسجد حصيراً فتلف به إنسان لم يضمن في ظاهر المذهب.

وقال أبو حنيفة: إن كان فعله من ليس من أهل المحلة فضمن.

لنا: هو أنه تقرب بأمر يتعلق بالمنبر فلا يضمن ما تولد منه كما لو فعله رجل من أهل المحلة.

قالوا: تصرف في غير حق الغير فأشبه إذا فرش في دار غيره.

قلنا: بل تصرف في حق نفسه لأن المسجد له و للجيران ولجميع المسلمين، ويخالف دار الغير فإن الحق فيها للمالك وحده وهاهنا الحق للجميع ولهذا يأثم هناك ويثاب هاهنا.

مسألة: إذا قعد في مسجد فتعثر به إنسان فمات لم يضمنه.

وقال أبو حنيفة: إن قعد لغير قربه ضمن.

لنا: أنه قعود وغير محرم فأشبه إذا قعد للصلاة.

قالوا: قعد في موضع لغير ما جعل له الموضع فأشبه إذا قعد في طريق ضيق.

قلنا: ذاك القعدة محرم وهذا مباح.

مسألة: إذا اصطدم رجلان فماتا ضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر [١].

وقال أبو حنيفة: يضمن كل واحد منهما دية الآخر [٢].

لنا: أنه مات من فعله وفعل صاحبه فأشبه إذا جرح نفسه وجرحه آخر.

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٤)، وانظر: روضة الطالبين (٩/٣٣١).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٤)، انظر: الهداية (٤/٥٤٦).

قالوا: مات كل واحد منهما من فعل صاحبه فأشبه إذا وقف في طريق فعثر به إنسان.

قلنا: بل مات من فعله وفعل صاحبه ألا ترى أن بصدمته وحده يتألم كما يتألم بصدمة صاحبه بخلاف ما قاسوا عليه فإن الواقف لا فعل له في نفسه والماشي لا فعل له في نفسه.

قالوا: مشيه ليس بجناية فلا يسقط بها شيء من الدية.

قلنا: صاحبه إن صدمه جناية ولهذا ضمن بها.

مسائل العاقلة

مسألة: لا يحمل القاتل شيئًا من الدية (١).

وقال أبو حنيفة: هو كأحد العاقلة (٢).

لنا: أن النبي ﷺ قضى بدية المقتولة على عصبة العاقلة وبرأ زوجها وولدها، ولأنه حر من دية الخطأ ثبت بالبينة فلم يحمله الجاني مع وجود العاقلة كسائر الدية، ولأنه تفرد بالقتل فإذا لم يحمل كل الدية لم يحمل شيئا منها مع وجود من يحمل دليله وكيل الإمام إذا قتل بإذنه خطأ.

قالوا: روي أن سلمة بن نعيم قتل رجلا من المسلمين ظنه من المشركين فقال له عمر رضي الله عنه عليك وعلى قومك الدية.

قلنا: قول واحد ولعل أراد عليك وجوباً عليهم تحملا أو قال لأنه لم يكن في قومه من يحمل الجميع.

قالوا: دية فكان له فيها مدخل كدية العمد.

قلنا: تقلب فلا ينقسم إلى ما يحمل و مالا يحمل مع وجود من يحمل كدية العمد.

قالوا: الحمل للنصرة والمواساة وهو أحق بنصرة نفسه.

قلنا: لو كان كذلك لوجب أن يحمل الزوج والجار وأهل الصنعة والمحلة ولأن المواساة والنصرة تكون من الغير ولأن عندهم يقدم أهل الديوان على العصبات وإن كان العصبات أحق.

مسألة: الأب و الابن لا يعقل.

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٧).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٧)، ووافق الأحناف أحمد انظر: الشرح الكبير (٩/٦٤٧).

وقال أبو حنيفة: يعقل.

لنا: الخبر ولأنه سبب يستحق به النفقة فأشبه الزوجية ولأنه بعض منه فأشبه إذا كان الأب في ديوان والابن في غيره.

قالوا: الحمل للنصرة والمواساة هو بذلك أولى، والجواب ما مضى.

قالوا: عصبة من أهل النصرة فأشبه الأخ والعم.

قلنا: ذاك لا يجري مجرى نفسه و هذا يجري مجرى نفسه والدية محمولةٌ عنه فلا يحمل.

مسألة: لا يحمل الديوان.

وقال أبو حنيفة: يحملون.

لنا: حق يستحق بالتعصيب من عدم أهل الديوان فاستحق التعصيب عند وجودهم دليله الميراث وولاية النكاح، ولأنه سبب لا يستحق به الميراث فلا يتحمل به العقل كالجواز والمشاركة في الصنعة والمذهب.

فإن احتجوا بأن عمر رضي الله عنه روى الديوان وحمل العقل على أهل الديوان.

قلنا: لا يعرف هذا اللفظ وإنما المعروف ما روى الشعبي قال جعل عمر الدية في الأعطية في ثلاث سنين ثم إنما حمل على القبائل لأنه جعل كل قبيلة في ديوان والدليل عليه الدية قضى بها النبي صلى الله عليه وسلم على العصبة فلا يجوز أن يفسخ بفعل عمر رضي الله عنه .

قالوا: الحمل نصرة وهم أحق بنصرته.

قلنا: نصرته تختص بالقرابة و لهذا لا يحمل أهل المحلة وأهل الصنعة والمسلمون وإن كانوا معه كأهل الديوان في النصرة.

مسألة: يقدم الأقرب فالأقرب من العصبات في التحمل [1].

وقال أبو حنيفة: يسوى بين الجميع [2].

لنا: أنه حكم يتعلق بالتعصيب فقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح.

قالوا: روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على عصبة القاتل.

قلنا: المراد به على الترتيب .

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٧)، ووافق الشافعية أحمد، انظر: روضة الطالبين (٢/٣٤٩)، الشرح الكبير (٩/ ٦٦١).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٧)، وانظر: الفتاوي الهندية (٦/٨٣).

مسألة: تحمل عاقلة الذمي الدية عنه.

وقال أبو حنيفة: لا تحمل.

لنا: أنه حق يتعلق بالتعصيب فكان لأهل الذمة مدخل فيه كالميراث وولاية النكاح.

قالوا: لا نصرة فيهم لأنهم مقهورون فلا يتحملون كالنساء والصبيان.

قلنا: بل فيهم نصرة في الحق كالمسلمين.

مسألة: تحمل الدية في ثلاث سنين من يوم القتل.

وقال أبو حنيفة: ثلاث سنين من يوم الحكم.

لنا: هو أن من لزمه الدية مؤجلة اعتبر الأجل من يوم القتل كالجاني إذا وجبت الدية بإقراره.

قالوا: وجوب الدية على العاقلة مختلف منها فلا يثبت إلا بالقضاء فاعتبار المدة من يوم القضاء كمدة العنين.

قلنا: لا يحفظ في هذا خلاف إلا عن الخوارج ومن لا يعتد بخلافه، ويخالف مدة العنين فإنه ثبت بالاجتهاد واختلف فيه العلماء وهذا ثبت بالنص وأجمع عليه العلماء فلا يعتبر فيه الحكم.

مسألة: تحمل دية الجنين في ثلاث سنين في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: في سنة.

لنا: أنه دية نفس مؤجلة فأشبه دية المرأة وأهل الذمة.

قالوا: الجنين كالطرف ولهذا يتبع في العتق والبيع وهذا القدر من أرش الطرف يحمل في سنة.

قلنا: بل كالنفس المنفردة ولهذا يورث عنه ولا يدخل في بدل النفس وينفرد عن الأم في الملك بالعتق والضمان وهو إذا زنت الأم أو ارتدت والاتباع في البيع والعتق لا يدل على أنه كالطرف كالولد المنفصل يتبع الأم في الإسلام وليس كالطرف.

مسألة: تحمل العاقلة ما دون أرش الموضحة.

وقال أبو حنيفة: لا تحمل.

لنا: أنه أرش وجب بجناية الخطأ على الحر ثبت بالبينة فهو كأرش الموضحة ولأن ما حملته العاقلة عند الاشتراك حملته عند الانفراد دليله الكبير، ولأن ما كان محلاً لأرش الجناية إذا كثر كان محلاً له وإن قل كذمة الجاني.

قالوا: القياس أن يكون على الجاني إلا فيما ثبت بالنص وبقى الباقي على موجب

القياس.

قلنا: ولكن لما يثبت بالنص الحمل في أرش الموضحة فصار أصلاً لما دونه فكان قياس ما دونه عليه أولى من قياسه على سائر المتلفات لأنه من جنسه، ولأن قيمة العبد ليس فيها نص ثم حمله على دية الحر.

قالوا: ما دون الموضحة كالمال بدليل أنه لا يجب فيه قصاص ولا أرش مقدر فلا تحمله العاقلة.

قلنا: يجب القصاص في الأنامل ويجب فيها أروش مقدرة وهي دون الموضحة، ولأن الجائفة كالمال لأنه لا يجب فيها القصاص ثم تحمل العاقلة بدلها وضمان العبد كالمال وتحمله العاقلة.

قالوا: التحمل للتخفيف حتى لا يجحف بالجاني والقليل لا يجحف.

قلنا: يبطل بقيمة العبد فإنها تحمله وإن قل وبالجماعة إذا اشتركوا في قتل.

مسألة: قيمة العبد لا تحملها العاقلة في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تحملها.

لنا: هو أنه بدل وجب بالجناية على العبد فأشبه أرش أطرافه، ولأن ما ضمن بالقيمة لم يحمل بدله كالبهيمة.

قالوا: العبد في الجناية كالحر بدليل القصاص والكفارة فكذلك في التحمل.

قلنا: بل هو كالأموال بدليل أنه يقوم في الأسواق ويعتبر في تقويمه صفاته ولا تنصف بدله بالأنوثية، ولأن الحر لما حمل العاقلة بدله حمولة أطرافه وهذا بخلافه، ولأن الحر يحمل بدله لتسكين الثائرة بين القبائل ولا يوجد ذلك في العبد.

مسألة: إذا جنى العبد خطأً خير المولى بين أن يفديه وبين أن يسلمه للبيع [1].

وقال أبو حنيفة: يخير بين أن يفديه وبين أن يسلمه إلى المجني عليه [2].

لنا: هو أنه مال تعلق برقبة العبد فإذ لم يدفع السيد المال وجب بيع العبد كالمرهون.

قالوا: جناية ثابتة في رقبته فجاز أن يستحق فيها تسليم العبد إلى ولي الدم كما لو قتل

---

(١) الإفصاح (٢/١٧٣)، ووافق الشافعية أحمد (في إحدى روايتيه). انظر: روضة الطالبين (٩/٣٦٢-٣٦٣)، المغني (٩/٥١١).

(٢) الإفصاح (٢/١٧٣)، ووافق الأحناف مالك وأحمد (في أظهر الروايتين). انظر: الهداية (٤/٥٥٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/١١٢٩)، المغني (٩/٥١٢).

عمداً.

قلنا: لا نسلم للقتل بل يقتل في يد مولاه، ولأن هناك لا يملك السيد إسقاط القصاص بالفداء وهاهنا يملك، ولأن هناك لواجب هو القصاص فلابد من تسليم الرقبة وهاهنا الواجب هو الإبل أو الأثمان والعبد ليس بواحد منهما.

مسألة: إذا جنت أم الولد ففداها المولى ثم جنت لزمه للثاني الفداء في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمهم للثاني شيء بل يشترك الأول والثاني فيها فداء به للجناية الأولى.

لنا: أنه رقيقٌ فداه في جناية فإذا جنى ثانياً لم يشارك الثاني الأول في الفداء كالقن، ولأنها جنت ورقبتها فارغة فلزم المولى أن يفديها كالجناية الأولى ولأن الأول قد تعين ملكه على ما قبض فلا ينتزع منه بجناية عبد غيره كسائر أمواله.

قالوا: لم تتلف أكثر من رقبة فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو قتلها أجنبي.

قلنا: لا نسلم أنه أتلف رقبة بل هي باقية على الملك وإنما منع من بيعها بالاستيلاء فلزمه الفداء وهذا موجود في الجناية الثانية.

مسألة: إذا ضرب بطن امرأة فماتت وألقت جنيناً ميتاً ضمن الأم والجنين (١).

وقال أبو حنيفة: لا يضمن الجنين (٢).

لنا: هو أنه قطع نماء للجنين بجنايته فأشبه إذا أسقطته في حياتها أو أسقطته حيا بعد موتها ثم مات ولأن كل جنين لو انفصل في حياتها ضمن فإذا انفصل بعد موتها ضمن كما لو انفصل حيا ثم مات، ولأن الموت معنى يسقط ضمان الأم فلا يسقط ضمان الجنين كالزنا والردة.

قالوا: القياس أن لا يضمن لأنا لا نعلم أنه مات بجنايته إلا أنا أوجبناه فيما ألقته في حياتها للخبر ويتم الباقي على موجب القياس.

قلنا: بل القياس أن تجب لأن الظاهر أنه مات من جنايته ولأن الخبر ورد فيما ألقته بعد موتها. وروى أبو هريرة أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فرمت إحداهما الأخرى فأصابت

---

(١) الإفصاح (١٧٩/٢)، ووافق الشافعية أحمد، انظر: روضة الطالبين (٣٦٧/٩)، الكافي لابن قدامة (٢٠/٤).

(٢) الإفصاح (١٧٩/٢)، ووافق الأحناف مالك. انظر الفتاوي الهندية (٣٤/٦)، الكافي لابن عبد البر (١١٢٣/٢).

بطنها فقتلتها وأسقطت جنينها، وهذا يقتضي أنها ماتت ثم ألقته أو ورد فيهما لأنه لم يستفصل فدل على أن الحكم لا يختلف ولأن القياس على المخصوص من الجملة أولى من القياس على الجملة لأنه من جنسه.

قالوا: جنين انفصل ميتاً بعد موتها فأشبه إذا عصر جوفها بعد موتها فألقته.

قلنا: يحتمل أن لا نسلم الأصل ثم الظاهر أن هناك لم تثبت بجنايته وإنما مات بموتها وهذا بخلافه.

قالوا: الجنين كعضو منها بدليل أنه يتبعها في البيع والعتق ولا يغسل ولا يصلى عليه فلا يضمن إذا انفصل بعد موتها.

قلنا: بل هو كنفس منفردة ولهذا ينفرد عن الأم بالملك والعتق والضمان ويورث عنه بدله ولا يدخل في بدل الأم ثم الأعضاء إذا تلفت بجنايته ضمنها فليكن الجنين مثل ذلك.

مسألة: إذا ضرب أمة فألقت جنيناً ميتاً وجب عليه عشر قيمة الأم.

وقال أبو حنيفة: إن كان ذكرا وجب عليه نصف عشر قيمته لو كان حيا وإن كان أنثى فعشر قيمتها.

لنا: أنه جنين أسقطته بالجناية فلم يختلف بدله بالذكورية والأنوثية كجنين الحرة، ولأن في الحرة سوى بينهما لأنه لا يوقف على ذكوريته وأنوثيته والأمة كالحرة في ذلك ولأن إتلاف النفس أحد نوعي الجناية فجاز أن يكون منه ما يعتبر الواجب فيه بغيره كالجناية على الطرف ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجب تقويمه وتقويمه ميتاً لا يمكن في حياته لا يمكن لأنه لم يتحقق كماله وهلاكه من جنايته ولأنه لا يدرك صفاته ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت فماله وهلاكه من جنايته ولأنه لا يدرك صفاته ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته بالغة ما بلغت كسائر المتلفات و لوجب أن تكون الأنثى على النصف من الذكر كالجرين أو يكون ضمانهما سواء إذا كانت قيمتهما سوى كالعبد والأمة.

قالوا: لا يدخل بدله في بدل غيره فلا يعتبر بدله في الجناية بغيره كالمنفصل وجنين أم الولد من المولى وجنين الكافرة من المسلم.

قلنا: وإن كان له حكم النفس فيما إلا أن له حكم الطرف في أنه يتبع الأصل في البيع والعتق والرهن فجاز أن يعتبر بدله بالأصل بخلاف المنقل ولأن المنفصل يمكن تقويمه وهذا لا يمكن ولهذا يجب هناك قيمته بالغة ما بلغت ولا يجب هاهنا وجنين أم الولد والكافرة من المسلم لم يساويا الأم في الصفة وهو الحرية والكفر فلم يعتبر بها كاليد الشلاء بما لا تعتبر بالنفس وهاهنا يساوي الأم في الصفة فاعتبر بدله كاليد الصحيحة قال

محمد بن الحسن: اعتباره بالأم يؤدي إلى تفضيل الميت على الحي وتفضيل الجنين على النفس الكاملة فإنه قد لا يكون قيمته وهو حي عشر قيمة الأم.

قلنا: واعتباره بنفسه يؤدي إلى تفضيل الأنثى على الذكر لأنه قد يكون قيمة الأنثى أكثر من نصف قيمة الذكر ثم لا يمنع ما قلناه فيما يعتبر بغيره كما تقول في الأطراف يجب فيها ما يجب في النفس وأكثر.

مسائل القسامة

مسألة: يبدأ في القسامة بأيمان المدعي إذا كان هناك لوث [١].

وقال أبو حنيفة: يحلف خمسون من المحلة التي فيها القتيل ثم يغرمون الدية [٢].

لنا: ما روى سهل بن أبي خيثمة أن عبد الله ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة أن عبد الله قد قتل وطرح في قفير أو عين فأتى يهودي فقال أنتم والله قتلتموه. قالوا: والله ما قتلناه ثم أقبل هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول فذهب محيصة فتكلم فقال رسول الله ﷺ: «**الكبر الكبر**» فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله ﷺ «**إما أن تفدوا لصاحبكم وإما أن تؤذنوا بحرب**» فكتب إليهم رسول الله ﷺ ذلك فكتبوا إنما والله ما قتلناه فقال رسول الله ﷺ لحويصة وعبد الرحمن: «**تحلفون وتستحقون دم صاحبكم**».

قالوا: لا قال تحلف لكم يهود.

قالوا: ليسوا مسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده فبعث إليهم مائة ناقة قال سهل: لقد ركضتني منها ناقة حمراء [٣].

فإن قيل أنكر عمرو بن شعيب وقال: والله لم يكن الحديث كما حدث ولقد أوهم ما قال ﷺ للأنصاري «**احلفوا على ما لا علم لكم به ولكن بعث إلى أهل خيبر أن قتيلاً وجد فيما بينكم فافدوه أو ائذنوا الحرب من الله ورسوله**» فبعثوا يحلفون أنهم ما قتلوه وهكذا رواه محمد بن إسحق عن عبد الرحمن بن نجيد كذلك، وروى سفيان بن

---

(١) الإفصاح (٢/١٨٣)، ووافق الشافعية أحمد. انظر روضة الطالبين (١٠/١٦-١٧)، الروض المربع (٢/٣٤٤).

(٢) الإفصاح (٢/١٨٣)، الهداية (٤/٥٦٤).

(٣) أخرجه مسلم (١/١٥٢) ح (١٦٦٩).

عيينة أنه قال: «**تبرئكم يهود بخمسين يميناً ما قتلوه**». قالوا: كيف ترضى بأيمانهم وهم مشركون. قال: «**فيقسم خمسون منكم أنهم قتلوه**». قالوا: وكيف يقسم من لم يره؟ فوداه رسول الله ﷺ من عنده.

وروى معمر عن الزهري عن أبي سلمة وسليمان بن مثابر عن رجال من الأنصار أن النبي ﷺ بدأ باليهود أنه يحلف منكم خمسون رجلاً فدل على أنه بدأ باليهود.

قيل: قول عمر نفي ورواية سهل إثبات والنفي لا يعارض الإثبات من الصحابي فكيف من تابعي لم يحضر، ومحمد بن إسحق لا يحتج به وعبد الرحمن بن نجيد لا يصدق فلا يدفع ما رواه مالك وأحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وأبو عيسى وابن خزيمة والساجي وابن أبي حاتم وحكم لصحة ألفاظه، وما رواه سفيان تفرد به سفيان عن يحيى ابن سعيد والمحفوظ الصحيح عن يحيى ما ذكرناه رواه عنه الليث وحماد بن زيد وهشام وعبد الوهاب بن عبد المجيد وبشر بن المفضل، وأخرج حديث هؤلاء البخاري ومسلم في الصحيح وخطؤوا ابن عيينة، ومعمر كثير الغلط عن الزهري وغيره فلا يترك ما رواه الثقات من أهل المدينة عنه.

فإن قيل لهم تحلفوا على سبيل الإنكار كقوله تعالى: ﴿**أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ**﴾ (المائدة: من الآية ٥٠).

قيل: بل الظاهر أنه استفهام، ولأنه لم يظهر منهم رغبة في اليمين بل يظهر منهم الزهد فيها ولأنه قال وتستحقون ومع الإنكار لا يكون استحقاق ولأنه لو كان إنكاراً لكان معه غضب ولو كان لنقل ولأن يمين المدعى عليه لا يعمل بموجبها فلم يستحلف بها كيمينه قبل طلب الخصم ولا يلزم يمين المتبايعين إذا اختلفا في الثمن لأن البائع يحكم بيمينه إذا نكل المشترى ويمين المشتري يحكم بموجبهما فإنه يجهل بها الثمن ويفسخ البيع،ولأنها أيمان شرع فيها التكرار فبدأ بها المدعي كاللعان فإن احتجوا بما روى زياد بن أبي مريم أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال أخي قتل بين فريقين. فقال: «**يحلف منهم خمسون رجلاً**».

فقال: ما لي من أخٍ غير هذا. فقال: «**نعم ولك مائة من الإبل**».

قلنا: لا يعرف في أصل فلا يترك له حديث الأنصار، ثم لعل لم يكون لوث.

قالوا: قول من المدعي فلا يستحق به كدعواه وكيمينه مع عدم اللوث وكينونته في الأموال.

قلنا: اليمين حجةٌ والدعوى ليس بحجة ولهذا فرقنا بين إنكار المدعى عليه وبين بينته ومع عدم اللوث يجب أن لا يقضى مع اللوث كما لا يقضي بشاهد واحد عندهم في رؤية الهلال مع الصحو ويقضى مع الغيم ولأن هناك لم ينضم إلى اليمين ما يقويها، وهاهنا انضم إليها ما يقويها واليمين بها مع القوة ولا يقضى بها مع الضعف ولهذا يسمع من المدعي في سائر الدعاوى لقوة جنبته ولا يسمع من المدعى عليه لضعف جنبته، والأموال تخالف الدماء ولهذا يقضى في الدماء بالقسامة ويتعلق بها الكفارة بخلاف الأموال ولأن اليمين في سائر الدعاوى يقضى بها في جانب المدعى عليه فلم يستحق بها في جانب المدعي وهاهنا لا يقضى بها في جانب المدعى عليه فدل على أنها في جانب المدعي.

مسألة: تثبت القسامة من غير جرح.

وقال أبو حنيفة: لا تثبت.

لنا: هو أن الغم والخنق جهة يقع بها القتل فجاز أن يثبت فيها القسامة كالقتل بجرح.

قالوا: الظاهر إن مات حتف أنفه.

قلنا: بل الظاهر أنه قتل لأنه لم يظهر مرض يضاف الموت إليه، ولأنه لا اعتبار بالظاهر ألا ترى أنه لو ادعى القتل على زاهد لا يقتل مثله تثبيت القسامة.

قالوا: لو ثبت من غير جرح لثبت في عامة الموتى.

قلنا: لا يوجد اللوث في عامة المولى.

مسألة: إذا حلف المدعى عليه في القسامة لم يغرم الدية.

وقال أبو حنيفة: يغرم.

لنا: قوله ﷺ «**نبرئكم يهود بأيمان خمسين**» ولأنها يمين وجهت على المدعى عليه فحصل بها البراءة كاليمين في سائر الدعاوى.

فإن احتجوا بحديث زياد بن أبي مريم.

قلنا: لعله أراد ولك مائة من الإبل إن لم يحلفوا.

قالوا: روي أن الخليفة عمر حلفهم خمسين يميناً وغرمهم الدية.

قلنا: يحتمل أنه ادعى قتل العمد على خمسين منهم فأقرّوا بالخطأ فأحلفهم على العمد وغرمهم الدية، ولأنه قول واحد.

قالوا: اليمين نفس الحق لأنه لو كان للبراءة لما غلظ بالعدد.

قلنا: لا نسلم بل هو للبراءة كسائر الأيمان وإنما غلظ لأجل الدم كما غلظ الشهادة في الزنا ثم هي كسائر الشهادات.

مسألة: إذا لم يحلف المدعى عليه لم يحبس.

وقال أبو حنيفة: يحبس حتى يحلف.

لنا: هو أنه يمين فلا يحبس للنكول عنها كسائر الأيمان.

قالوا: اليمين نفس الحق فحبس عليه.

قلنا: لا نسلم.

مسألة: لا يحلف غير المدعى عليه.

وقال أبو حنيفة: يختار الولي خمسة ويحلفهم.

لنا: هو أنه يمين من شرطها الدعوى فلا يخرج عن المتداعيين كسائر الأيمان.

فإن احتجوا بحديث زياد بن أبي مريم.

قلنا: أنتم تضمرون خمسين رجلاً يختارهم الولي ونحن نضمر خمسين رجلاً ادعى. عليهم.

مسألة: إذا ادعى على رجل القتل ولم يكن لوث حلف المدعى عليه خمسين يميناً في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يحلف يميناً واحداً.

لنا: هو أنه يمين في دعوى الدم من غير شهادة فكانت خمسين كما لو ادعى القتل على أهل محلة ولا يلزم إذا كان مع المدعي شاهد.

قالوا: يمين تقع به فأشبه اليمين في سائر الدعاوى.

قلنا: في دعوى القتل تثبت القسامة ولا يثبت في غيرها.

مسألة: لا يصح الدعوى في القتل على أهل محلة حتى يعينهم.

وقال أبو حنيفة: يصح من غير تعيين.

لنا: هو أنها دعوى فلا يصح على غير معين كسائر الدعاوى.

فإن احتجوا بحديث زياد بن أبي مريم.

فالجواب: أن المراد به خمسون منهم يعينهم بالدعوى.

مسائل الكفارة

مسألة: تجب الكفارة في قتل العمد [1].

---

(١) الإفصاح (٢/١٨٤)، ووافق الشافعية أحمد (في الرواية الأولى)، انظر: روضة الطالبين (٩/٣٨٠)، =

وقال أبو حنيفة: لا تجب [1].

لنا: ما روى واثلة بن الأسقع قال: أتينا النبي ﷺ في صاحب لنا أوجب النار بالقتل. فقال: «**أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا فيه من النار**»، ولم يستفصل أقتله بمحدد أو غيره، لأنه قتل آدمي بمضمون فضمن بالكفارة كقتل الخطأ ولأنه قتلٌ يوجب حرمان الميراث فأشبه ما ذكرناه ولأنه قتل حيوان فاستوى في وجوب الكفارة فيه العمد والخطأ كالصيد.

قالوا: معنى يوجب القتل فلا يوجب الكفارة كالردة والزنا.

قلنا: مالا يوجب القتل من ردة المرأة وزنا البكر أيضا لا يوجب الكفارة ولأن ما وجب في الزنا والردة من التغليظ يجب لحق الله تعالى فلم يجب معه الكفارة لحقه وما يجب هاهنا يجب لحق الآدمي فجاز إيجاب الكفارة معه كالدية المغلظة.

قالوا: الفعل الواحد لا يوجب ما يسقط بالشبهة ومالا يسقط كالزنا لا يوجب المهر والحد والقتل لا يوجب القصاص والدية.

قلنا: الوطء في رمضان يوجب القضاء والكفارة وأحدهما يسقط بالشبهة والآخر لا يسقط والمهر لا يجب مع الحد لأنه يجب لها وقد رضيت بإسقاطه فهو كما لو بذل دمه فقتل والقصاص يجب له ولم يرض بإسقاطه فهو كما لو استكرها على الزنا والدية والقصاص بدلان عن النفس فلم يجتمعا القتل واحد وهاهنا أحدهما بدل والآخر فهو كالكفارة والدية.

قالوا: متلف واحد فلا يوجب مثلين كالأموال.

قلنا: الكفارة ليست بمثل ثم يبطل بالمحرم إذا قتل صيداً مملوكاً فإنه يجب عليه قيمتان، والأموال لا تجب فيها المثل مع القيمة وهاهنا يجب العتق مع الدية.

مسألة: تجب الكفارة بقتل الصبي والمجنون.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنه مال يجب بالإتلاف فتعلق بإتلاف الصبي كالدية وغرامة الأموال ولأن الكفارة أوسع من الضمان لأنها تجب بقتل من أسلم ولم يهاجر ولا يجب الضمان عندهم

=

الكافي لابن قدامة (٥٢/٤).

(١) الإفصاح (١٨٤/٢)، ووافق الأحناف مالك وأحمد (في الرواية الأخرى). انظر: الهداية شرح بداية المبتدي (٥٠١/٤)، الكافي لابن عبد البر (١١٠٨/٢)، الكافي لابن قدامة (٥٢/٤).

ويجب بقتل عبده ولا يجب الضمان ثم تجب الدية بقتله فالكفارة أولى.

قالوا: أحد ما يكفر به فأشبه الصوم.

قلنا: [نقلب عليكم فنقول][1] الصوم لا يجب على الشيخ الهرم ويجب عليه العتق والعتق لا يجب على العبد ويجب عليه الصوم.

قالوا: عبادة محضة تجب بالشرع فلم تجب في حق الصبي كالصوم والصلاة وكفارة الصوم.

قلنا: يبطل بزكاة الفطر، ثم الصوم والصلاة تتعلق بالبدن وهذا حق مال فهو كالعشر وزكاة الفطر، وكفارة الصوم تجب لهتك حرمة صوم متحتم وذلك لا يوجد في حقه ولهذا لا يجب على البالغ في السفر وهذا يجب بالقتل والصغير كالكبير فيه فهو كغرامة المتلفات ولأن ضمان الصوم لا يجب بالإفطار في حق الصبي وضمان النفس يجب بقتله.

قالوا: الكفارة للتطهير ودفع المآثم والصبي ليس من أهله.

قلنا: يبطل بالمخطئ والنائم.

قالوا: حق يجب بالقتل لا تحمله العاقلة فأشبه القصاص.

قلنا: ذاك عقوبة على البدن فهو كحد القذف وهذا حق مال فهو كالدية وغرامة المتلفات ولهذا لا يجب القصاص على النائم والمخطئ وتجب الكفارة.

مسألة: تجب الكفارة بالقتل بالأسباب [2].

وقال أبو حنيفة: لا تجب [3].

لنا: هو أنه مال يتعلق بالقتل فتعلق بالأسباب كالدية، ولأنه إذا وجبت الدية وهي أضيق فالكفارة أولى.

قالوا: من لم يباشر القتل لم يلزمه الكفارة كالعاقل وكما لو أمسكه حتى قتله آخر أو حفر بئرًا في داره فدخل رجل ووقع فيها.

قلنا: وإن لم يباشر إلا أنه جعل كالمباشر في العدوان ووجوب الضمان ويخالف العاقلة فإنه لم يكن من جهته سبب في قتله وإنما يتحمل الدية فيه بحكم المواساة

---

(١) كشط في الأصل ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) الإفـــصاح (١٨٥/٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: المغني لابن قدامة (٣٧/١٠)، روضة الطالبين (٣٨٠/٩)، المغني لابن قدامة (٣٧/١٠).

(٣) الإفصاح (١٨٥/٢)، وانظر: الكافي لابن قدامة (٥١/٤).

والممسك وجد منه سبب إلا أنه عارضه ما هو أقوى بينه وهو المباشر فتعلق الحكم بالأقوى والحافر في ملكه غير مفرط ولهذا لا يجب عليه الضمان بخلاف هذا.

قالوا: حق يجب بالقتل لا تحمله العاقلة فلا يجب بحفر البئر كالقصاص.

قلنا: لأن القصاص يعتبر فيه القصد فلا يصح القصد إلى قتل رجل بحفر البئر والكفارة لا يعتبر فيها القصد فهو كالدية.

مسألة: تجب الكفارة في قتل الجنين.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنه آدمي مضمون بالقتل أو محقون لحرمته يضمن بالكفارة كغيره.

قالوا: هو كالعضو بدليل أنه لا يغسل ولا يصلى عليه فلا يكفر.

قلنا: لو كان كالعضو أوجب أن يكون بدله للأم ولوجب أن يدخل بدله في بدلها ولوجب أن لا ينفرد عنها في الملك والعتق والضمان.

مسألة: إذا قتل نفسه وجبت عليه الكفارة.

وقال أبو حنيفة: لا تجب.

لنا: هو أنه قتل آدمي محقوق لحرمته فأشبه قتل غيره.

قالوا: حق يتعلق بالقتل فلا يجب بقتل نفسه كالقصاص والدية.

قلنا: ذاك يجب لحقه ولا يجوز أن يستحق على نفسه حقا والكفارة تجب لله عز وجل ولهذا لا تجب عليه القيمة بقتل عبده ويجب عليه الكفارة.

مسألة: تجب الكفارة على الكافر بالقتل(١).

وقال أبو حنيفة: لا تجب (٢).

لنا: أنه حق يتعلق بالقتل فأشبه القصاص والدية.

قالوا: عبادة فلم تجب عليه كالصوم والصلاة.

قلنا: إلا أن فيها معنى العقوبة والغرامة فهي كالحد وغرامة المال بخلاف الصوم والصلاة ثم تلك من موجبات الإيمان ولم يوجد وهذا من موجبات القتل وقد وجد.

---

(١) الإفصاح (٢/١٨٤)، ووافق الشافعية أحمد (في رواية) انظر: روضة الطالبين (٩/٣٨٠)، الكافي لابن قدامة (٤/٥٢).

(٢) الإفصاح (٢/١٨٤)، ووافق الأحناف مالك انظر: الهداية شرح بداية المبتدي (٤/٥٠١)، الكافي لابن عبد البر (٢/١١٠٨).

قالوا: يراد للتكفير والتطهير وليس من أهله.

قلنا: الحد أيضا يراد لذلك ثم يقام عليه.

مسألة: تعلم السحر ليس بكفر (١).

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: هو كفر وأنكر بعضهم ذلك (٢).

لنا: هو أن السحر ليس بأكثر من تعلم الكفر وتعلم الكفر لا يصير به كافر فتعلم السحر أولى.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿**وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلا تَكْفُرْ**﴾ (البقرة: من الآية١٠٢).

قلنا: قوله «**كفروا**» و«**يعلمون الناس السحر**» لا يدل على أنهم كفروا بالتعليم كما إذا قال فلان كفر بشرب لم يدل على أنه كفر بشرب الخمر وقوله: ﴿**فَلا تَكْفُرْ**﴾ (البقرة: من الآية١٠٢) أراد بالاعتقاد والاستحلال لا بالتعليم.

قالوا: روي أن عمر قال: اقتلوا كل ساحر، وقتلت حفصة جارية لها سحرتها.

قلنا: يحتمل أن ذاك ممن يستحل أو فيمن يعتقد أن الفعل للسحر.

مسائل قتال أهل البغي

مسألة: إذا أتلف الباغي على العادل في الحرب مالاً ضمن في قوله القديم (٣).

وقال أبو حنيفة: لا يضمن (٤).

لنا: هو أن من لزمه ضمان مال الغير إذا كان في عدد لسنين لزمه وإن كان في عدد كثير كقطاع الطريق ولأنه ضمن قاطع الطريق وهو معترف بذنبه فلأن يضمن الباغي وهو يستحله أولى.

---

(١) الإفصاح (٢/١٨٥)، وانظر: روضة الطالبين (٩/٣٤٦).

(٢) الإفصاح (٢/١٨٥)، ووافق الأحناف مالك وأحمد انظر: الهداية (٤/٥٠٣)، بداية المجتهد (٢/٤٥٩)، المغني (١٠/١١٥).

(٣) الإفصاح (٢/١٩٠)، انظر: روضة الطالبين (١٠/٥٥).

(٤) الإفصاح (٢/١٩٠)، ووافق الأحناف مالك وأحمد والشافعي (في الجديد) وانظر: الهداية (٢/٤٦٦)، الكافي لابن عبد البر (١/٤٨٦)، الكافي لابن قدامة (٤/٥٧).

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ﴾ (البقرة: من الآية١٨٢).

قلنا: فقد قال واقسطوا والتغريم من الأقساط.

قالوا: روي أن أبا بكر الصديق قال: للمرتدة تدون قتلانا ولاندي قتلاكم فقال له عمر رضي الله عنه قتلانا قتلته على أمر الله وأجورهم على الله ليس لهم ديات.

قال: فنادى في الناس على قول عمر، وقال الزهري: كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا أن لا ضمان على من أتلف مالا أو قتل نفسا بتأويل القرآن.

قلنا: يحتمل أن يكونوا قد تركوا المطالبة به.

قالوا: طائفة تقاتل تديناً فأشبه الطائفة العادلة وأهل الحرب.

قلنا: العادلة تقاتل وتتلف بحق فهم كأهل الرفقة وهذه تقاتل وتتلف بباطل فهم كقطاع الطريق وأهل الحرب غير ملتزمين للضمان وهذا التزام الضمان فلزمه.

مسألة: لا يقتل الباغي إذا انهزم.

وقال أبو حنيفة: إن كان لهم فيه قتل.

لنا: ما روى أن النبي ﷺ قال لعبد الله بن مسعود وتدري حكم من بغى من أمتي فقال الله ورسوله أعلم فقال: أن لا تنبع مدبرهم ولا يجز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيهم ولأنه انهزم فلم يقتل كما لو لم يكن فيه ولأنه ترك القتال فأشبه إذا تاب ولأن من قصد قتله لقصده ترك بتركه كمن قصد نفس إنسان.

قالوا: طائفة باينت أهل الحق حرباً وداراً فأشبه أهل الحرب.

قلنا: ذاك بقتل وإن لم يكن له فيه ولأن ذاك يقصد قتله قبل أن يقصد ولا يجوز ذلك في أهل البغي.

مسألة: لا يقتل أسير أهل البغي.

وقال أبو حنيفة: يقتل إذا كان لهم فيه.

لنا: الخبر ولأن من لا يقتل جميعهم في الأسر يقتل آحادهم كقطاع الطريق، ولأن من لا يسترق نساءهم لم يقتل أسراهم أصله ما قلناه.

قالوا: طائفة باينت أهل الحق حربا ودارا فأشبه أهل الحرب.

قلنا: أهل الحرب يقتل جماعتهم إذا وقعوا في الأسر وهاهنا لا يجوز.

مسألة: لا يجوز أن يقاتل أهل البغي بأهل الذمة.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أنه ليس القصد قتلهم بل تفريقهم وردهم إلى الطاعة ولهذا لا يقتل أسراهم فلو

استعنا بالكفار لم نأمن أن يقصدوا قتلهم ولهذا لا يجوز أن يستعان بهم في إقامة الحدود.

قالوا: طائفة باينت أهل الحق حربا ودارا فأشبه أهل الحرب.

قلنا: القصد هناك قتلهم وهاهنا بخلافه.

مسألة: لا يجوز أن ينتفع بسلاح أهل البغي وكراعهم.

قال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أن من له حرمه لا يجوز الانتفاع بماله بغير أذنه من غير ضرورة كغيرهم ولأنه مال للباغي فأشبه غير السلاح والكراع.

قالوا: طائفة باينت بالحرب والدار فأشبه أهل الحرب.

قلنا: مال أهل الحرب يصير لنا بالقهر ولهذا لا يجب رده وهذا يجب رده بعد الحرب.

قالوا: فيه كسر لشوكتهم فهو كقتل نفوسهم.

قلنا: في أخذ سائر أموالهم ليشتري بها السلاح كسر لشوكتهم ثم لا يجوز وقتلهم مضطر إليه وهذا غير مضطر إليه فلم يجز كقتلهم في غير الحرب، ولأن نفوسهم بغت فاختصت بالقتل كنفوس الزناة وأموالهم لم تبغ فهي كأموال الزناة.

مسائل الصول

مسألة: إذا صال عليه محل فقتله لم يضمنه.

وقال أبو حنيفة: يضمنه.

لنا: هو أنه إتلاف يدفع جائز فلا يضمنه كما لو صال عليه آدمي ولأن الصول إذا أسقط حرمة لنفس أسقط ضمانه كصول الصيد على المحرم.

فإن قيل: لأن هناك وجد الإذن من جهة المالك في إتلافه بخلاف هذا.

قيل: إذا اضطر إلى الصيد فقد وجد الأذن من جهة المالك ثم يضمنه ولأن إذن الله تعالى كإذن المالك في إسقاط الضمان كما نقول في قتل العبد إذا ارتد.

قالوا: أتلف مال غيره بغير إذنه لإحياء نفسه فأشبه إذا أكل مال الغير للمجاعة.

قلنا: السبب في الأصل ليس في الطعام بل هو في نفسه وهاهنا السبب في المحل ولهذا لو قتل آدمياً وصيدا للمجاعة ضمنه ولو قتلهما للدفع لم يضمن.

قالوا: إن ضمنه بالقتل بعد تحقق الجناية ففي حال توهم الجناية أولى يبطل بجواز الإتلاف فإنه لا يملكه بعد تحقق الجناية ويملكه في حال التوهم ولا يستحق الابن دم أبيه

بعد تحقق الجناية منه ويستحقه في حال التوهم.

مسألة: إذا اطلع في بيت رجل ففقأ عينه لم يضمن.

وقال أبو حنيفة: يضمن.

لنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لو أن امرءاً اطلع عليك بغير إذنك فحذفته بحصاة ففقأت عينه فليس عليك جناح**»[1].

قالوا: من نظر إلى مالا يجوز له النظر إليه لم يجز فقأ عينه دليله إذا نظر إلى زوجته في الطريق أو إلى عورته في الحمام.

قلنا: لأن هناك هو المفرط في ترك الإحراز وهاهنا الناظر هو المفرط في هتك الحريم ولهذا قلنا إن من ترك ماله في غير حرز لم يقطع سارقه ولو تركه في حرز قطع.

قالوا: لو هجم عليه لم يجز فقأ عينه فإذا نظر أولى.

قلنا: لا نسلم الأصل مسلم فلأن الجناية صارت بالنفس فلم يقصد العين وحدها وهاهنا الجناية بالعين وحدها فقصدت وحدها.

مسألة: إذا أفسدت ماشيته زرع [.......][2] قوم بالليل ضمنه.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: قوله تعالى **﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾** (الأنبياء: ٧٨)، والنفش إنما يكون بالليل وقد حكم فيه سليمان بالضمان فصوبه الله تعالى وروى البراء أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطاً فأفسدت فيه فكلم النبي ﷺ «**فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وأن على أهل الماشية ما أصاب ماشيتهم بالليل**»[3] ولأنه مفرط في حفظ بهيمته فكانت جنايتها كجنايته كما لو كان معها.

قالوا: جناية من بهيمة ليس عليها يد صاحبها فأشبه ما يفسده بالنهار وما تفسده البهيمة المنفلتة.

---

(١) أخرجه البخاري (٦/٢٥٢٥) ح (٦٤٩٣)، ومسلم (٣/١٦٩٩) ح (٢١٥٨).

(٢) قشط في الأصل.

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/٥٥) ح (٢٣٠٣) وصححه، والبيهقي في الكبرى (٨/٣٤١)، وأبو داود (٣/٢٩٨) ح (٣٥٧٠)، والنسائي في الكبرى (٣/٤١١) ح (٥٧٨٥)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٢٩٥).

قلنا: في ذاك غير مفرط وفي هذا مفرط.

مسألة: إذا كان مع البهيمة فأتلفت منها ضمن.

وقال أبو حنيفة: إن كان قائدها أو راكبها لم يضمن ما تتلف بالرجل والذنب.

لنا: أنها جناية من بهيمة يد صاحبها عليها فكانت كجنايته كما لو كان سائقها أو أتلفت بيدها وفمها.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**العجماء جبار والبئر جبار**»[١].

قلنا: الرجل في هذا الحديث خطأ هكذا ذكر الشافعي والدارقطني ولأنه يحتمل أنه أراد جنايه ذي الرجل كما قال: «**لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر**»[٢] وأراد به المنفلت ويحتمل أنه أراد الرجل نفسها في المنفلت وخص الرجل لأن أكثر جنايتها بالرجل.

قالوا: الراكب لا يمكنه حفظها فيما يتلف بالرجل والذنب فصار كالمنفلتة.

قلنا: والسائق لا يمكنه حفظها فيما تتلف بيديها وفمها ثم يضمن والمنفلتة لا تتصرف باختياره وهذه تتصرف باختياره فنسب جنايتها إليه.

مسائل الردة

مسألة: تقتل المرتدة.

وقال أبو حنيفة: لا تقتل.

لنا: ما روى جابر أن امرأة يقال لها أم دومان ارتدت عن الإسلام فأمر النبي ﷺ «أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت»[٣]، ولأنه كفر بعد إيمان فأشبه ردة الرجل ولأن حل دمه بالزنا بعد الإحصان حل دمه بالكفر بعد الإيمان كالرجل أو من حل دمه بالقتل حل دمه بالردة كالرجل أو من أجبر على الإسلام أجبر بالقتل كالرجل.

فإن قيل: الرجل كان مباح الدم قبل الإسلام فإذا ارتد عاد إلى ما قبله والمرأة كانت محقونة الدم فإذا ارتدت عادت إلى ما قبله.

قيل: لو عادت إلى ما قبله لحل مناكحتها وذبيحتها وأقرت على كفرها.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/٥٤٥) ح (١٤٢٨).

(٢) أخرجه الترمذي (٤/٢٠٥) ح (١٧٠٠) وقال: حسن، والنسائي في الكبرى (٣/٤١) ح (٤٤٢٧)، وابن الجعد في مسنده (١/٤٠٥).

(٣) أخرجه ابن الجوزي في التحقيق (٢/٣٣٨) ح (١٨٥٦).

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان.

قلنا: نحمله على الكفر الأصلي بدليل قوله «**من بدل دينه فاقتلوه**»[(١)] والقضاء بما ذكرناه أولى لأن ما ذكروه ورد على امرأة حربية وما ورد على سبب خاص مختلف في عمومه وخبرنا ورد على غير سبب.

قالوا: يخاف شرها فلم يقتل بالردة كالكافرة الأصلية.

قلنا: يبطل به إذا ارتد وترهب ولأن بالكفر الأصلي لا يقتل الراهب وبالردة يقتل وفي الأصل لا يجبر على الإسلام وفي الردة يجبر ولأن في قتلها بالكفر الأصلي تفويت المال على المسلمين لأنها غنيمة وفي الردة ليست بغنيمة، ولأن في الأصل يؤخذ رقبتها فليؤخذ في الردة رقبتها.

قالوا: ناقصة العقل فلا تقتل بالردة كالصبي.

قلنا: لا تصح ردة الصبي عندنا ولا نقصان عقله لما لم يمنع وجوب قتلها بالقتل والزنا لم يمنع وجوبه بالردة بخلاف الصبي.

مسألة: تقبل توبة الزنديق.

وقال أبو حنيفة: في إحدى الروايتين لا تقبل.

لنا قوله عز وجل: ﴿**وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِناً**﴾ (النساء: من الآية٩٤)، وقوله ﷺ «**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله**»[(٢)] ولأن النبي ﷺ قبل إسلام المنافقين على علم بحالهم كعبد الله بن أُبي بن سلول وغيرهم ولهذا قال تعالى: ﴿**فَاحْذَرْهُمْ قَاتَلَهُمُ اللَّهُ**﴾ (المنافقون: من الآية٤) ثم كف عن قتلهم ولأنه كافر فقبل توبته كغيره.

قالوا: عبادة الزنديق إظهار الإسلام وإبطان الكفر فلم يحصل من توبته على غير ما هو عليه فلم يقبل.

قلنا: الاعتبار بما يظهر لا بما يبطن ولهذا قال إنما أنا أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ولأنه لو أسلم الكافر تحت السيف وجب الكف عنه وإن كنا نعلم أنه أسلم من خوف السيف ولهذا أنكر على إنسان قتل رجل أظهر الإسلام.

---

(١) أخرجه البخاري (١٠٩٨/٣) ح (٢٨٥٤).

(٢) أخرجه البخاري (١٧/١) ح (٢٥)، ومسلم (٥١/١) ح (٢٠).

فقال: إنما قال تعوذاً فقال ﷺ «**هلا شققت عن قلبه**»[(١)].

مسألة: تصح ردة السكران.

وقال أبو حنيفة: لا تصح.

لنا: أن من صح طلاقه صح ردته كالصاحي.

قالوا: لا يعقل كالمجنون.

قلنا: إلا أنه كالعاقل في التكليف والتصرفات بخلاف المجنون.

قالوا: طريقه الاعتقاد ولا اعتقاد له.

قلنا: إلا أنه جعل كمن له اعتقاد كما جعل كمن له عقل في التكليف والتصرفات.

قالوا: لا يصح استتابته.

قلنا: لأن القصد من الاستتابة إقامة الحجة وإزالة الشبهة ولا يحصل ذلك مع السكر.

مسألة: يجب استتابة المرتد في أحد القولين [(٢)].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [(٣)].

لنا: حديث أم رومان ولأنه لا يرتد إلا لشبهة عرضت له فوجب استتابته لإزالة شبهته.

قالوا: كافر بلغته الدعوة فأشبه الحربي.

قلنا: كفر الحربي ليس عن شبهة والمرتد بخلافه ولهذا لو طلب المرتد التأجيل أجل ولو طلب الحربي لم يؤجل.

مسألة: لا يجب التأجيل للمرتد في أحد القولين [(٤)].

وقال أبو حنيفة: إن طلب التأجيل أجل ثلاثاً [(٥)].

لنا: هو أنه تأجيل بعد الردة فلم يجب كما بعد الثلاث ولأن التأجيل إن كان لمعرفة كفره فقد عرف قبله وإن كان لرجاء العود إلى الإسلام وجب أن لا يقتل أيضا بعد الثلاث.

---

(١) أخرجه مسلم (٩٦/١) ح (٩٦).

(٢) الإفصاح (١٨٧/٢، ١٨٨)، انظر روضة الطالبين (٧٦/١٠).

(٣) الإفصاح (١٨٧/٢، ١٨٨)، الهداية (٤٥٨/٢).

(٤) الإفصاح (١٨٧/٢، ١٨٨)، انظر روضة الطالبين (٧٦/١٠).

(٥) الإفصاح (١٨٧/٢، ١٨٨)، الهداية (٤٥٨/٢).

قالوا: روي أن عمر قال في مرتد قتله أبو موسى الأشعري هلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً لعله يتوب ويراجع أمر الله اللهم إني لم أشهد ولم آمر ولم أرض إذا بلغني.

قلنا: إنما قال هذا على سبيل الاستحباب ولهذا ذكر الاستتابة وهي مستحبة وذكر التأجيل من غير طلب.

مسألة: لا يزول ملك المرتد في أحد الأقوال.

وقال أبو حنيفة: يزول.

لنا: هو أنه معنى يوجب القتل فلا يزيل الملك كالزنا والقتل، ولأن الاستدامة أقوى من الابتداء ولهذا يجوز أن يستديم الملك على الخمر ولا يبتديه ويستديم المحرم الملك على الصيد ولا يبتديه، ثم لا يمنع الردة ابتداء بالتملك فلأن لا يمنع استدامته أولى.

قالوا: عصمة دمه وماله بالإيمان فأما صحة بزوال عنه بالردة عصمة الدم فكذلك عصمة المال.

قلنا: العصمة التي يتعلق بها يمنع من أخذه فأما صحة الملك فلا ولهذا يصح ملك الحربي وتصرفه فيه الإيمان.

قالوا: هو كحربي مقهور على ماله فلا ينفذ تصرفه.

قلنا: ذاك لو رجع إلى الإسلام لم ينفذ وهذا بخلافه.

مسألة: إذا ارتَّد ولحق بدار الحرب لم يقسم ماله بين الورثة ولم يعتق مدبره وأم ولده.

وقال أبو حنيفة: يقسم ماله ويعتق مدبره وأم ولده.

لنا: أنه لو رجع كان أحق بماله فأشبه إذا لم يلحق بالدار ولأنه حي فلا تقسم تركته كما لو كان في دار الإسلام.

قالوا: روي أن المستورد العجلي ارتد ولحق بدار الحرب فقسم عليٌّ ماله بين ورثته.

قلنا: هذا قول واحد.

قالوا: هو كالميت لأنه قد سقطت مطالبته بالرجوع إلى الإسلام.

قلنا: لم يسقط لأنه يكاتب ويطالب ويرجى أن يرجع ويسلم.

مسألة: إذا لحقت المرتدة بدار الحرب لم تسترق.

وقال أبو حنيفة: تسترق.

لنا: أنه ممن ثبت أن حرمة الإسلام لم يجز استرقاقه كالرجل ولأن من أجبر على

الإسلام في دار الإسلام لم يسترق في دار الحرب كالرجل.

قالوا: أم محمد ابن الحنفية من مرتدات بني حذيفة وقد استرقت.

قلنا: لعلها كانت أمة لهم.

قالوا: سبى أبو بكر نساء علقمة بن علاثة فقلن لم نرتد وإنما ارتد هو فخلاهن.

قلنا: ليس فيه إن استرقهن والسبي يجوز لعرض الإسلام عليهن.

قالوا: كافرة في دار الحرب فأشبهت الحربية.

قلنا: هناك لو كان حربيا جاز استرقاقه وهاهنا لا يجوز.

مسألة: المولود بين المرتدين لا يسترق في أحد القولين ويسترق في الآخر.

وقال أبو حنيفة: إن كان في دار الحرب استرق.

لنا: أنه صغير لا يسترقه أبوه لحرمة الإسلام فلم يسترق كما لو ولد في دار الإسلام.

قالوا: ليس له حرمة بالدين ولا بالدار فأشبه ولد الحربيين.

قلنا: له حرمة بدين أبيه ولأن أباه ليس له في الحال حرمة بالدين ولا بالدار ثم يسترق وتخالف ولد الحربيَّين فإنه لا حرمة له بنفسه ولا بأبويه ولهذا يجوز استرقاق أبويه وهاهنا لا يجوز.

كتاب الحدود

مسألة: التغريب واجبٌ في حد البكر [١].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [٢].

لنا: ما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «**خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم**» [٣].

فإن قيل: هذا بيان قوله تعالى: ﴿**وَاللاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ**﴾ (النساء: من الآية١٥) وهي منسوخة. قال ابن عباس: نسختها الزانية والزاني.

قيل: المنسوخ هو الإمساك في البيوت فأما السبيل الذي ورد الخبر في بيانه غير

(١) الإفصاح (٢/١٩٢)، انظر روضة الطالبين (١٠/٨٧).

(٢) الإفصاح (٢/١٩٢)، ووافق الأحناف مالك انظر الهداية (٢/٣٨٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٠).

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٣١٦) ح (١٦٩٠).

منسوخ وروي أن أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم غربوا.

وقال أبوذر البكران يجلدان وينفيان.

قال عروة: غرَّب عمر ثم لم يزل تلك السنة حتى غرب مروان في إمارته وهو قول أبي بن كعب.

فإن قيل: غرب عمر ثم قال لا أنفي بعد هذا أحداً، وقال علي: كفى بالنفي فتنة.

قيل: إنما قال عمر في رجل نفاه بالخمر فلحق بالروم وأراد علي بالفتنة العذاب كما قال تعالى ﴿جَعَلَ فِتْنَةَ النَّاسِ كَعَذَابِ اللَّهِ﴾ (العنكبوت: من الآية١٠)، ولأنه عقوبة يجوز فعلها في الزنا فكانت حداً كالجلد، ولا يلزم ما زاد على الأربعين في شارب الخمر لأن ذاك يفعل للسكر.

فإن احتجوا: بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا﴾ (النور: من الآية٢) والزيادة في النص نسخ.

قلنا: النسخ هو الرفع فإما زيادة حكم فليس بنسخ كزيادة تحريم المرأة على عمتها وعلى خالتها لا يكون نسخاً لآية المحرمات.

قالوا: أحد حدي الزنا فلا يجب فيه النفي كحد المحصن.

قلنا: فاستحق فيه الإخراج من الأهل والمال كحد المحصن ولأن النفي هناك تخفيف وهاهنا تغليظ.

قالوا: معصية توجب الحد فلا تقع عقوبتين مختلفتين كالشرب والسرقة والقذف.

قلنا: الزنا يخالف سائر المعاصي، ألا ترى أنه يجب فيه القتل بالحجارة وجلد مائة ولا يجب في غيره ويجوز استيفاء عقوبتين في الزنا إذا رأى الإمام التغريب ولا يجوز في غيره ولأن المعصية في الزنا أعظم لما فيها من خلط الأنساب وفساد الفراش واشتراك اثنين فجاز أن يختص بإيجاب عقوبتين.

قالوا: الحد لا يكون إلا بما يصل به ألم إلى البدن.

قلنا: بالنفي يصل الألم إلى القلب ولأن النفي كالقتل لأنه يخرجه عن الأهل والمال ولهذا قال الله عز وجل ﴿وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ﴾ (النساء: من الآية٦٦).

قالوا: لو كان حداً لكان مقدار المسافة مقدراً.

قلنا: [.............][1].

مسألة: إذا وطئ الحرُّ أمةً في النكاح ثبت إحصانه.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت.

لنا: هو أنه مكلف وطئ في نكاح صحيح فأشبه إذا وطئ حرةً ولأنه وطءٌ يؤثر في إيجاب الرجم فاعتبر كل واحد منهما فيه بنفسه كالزنا.

قالوا: روي أن كعب بن مالك أراد أن يتزوج يهودية فقال النبي ﷺ «**دعها عنك فإنها لا تخصك**»[2].

قلنا: إسناده ضعيف ثم معناه والله أعلم لا تعفك عن نكاح المسلمات فإذاً لا يجوز أن يخصه أصحابه بأنها لا تحصنك للرحم يدل عليه أن كعباً كان محصناً له أولاد.

قالوا: الوطء لا يتبعض فإذا لم يحصل به إحصان أحدهما لم يحصل إحصان الآخر كوطء الشبهة.

قلنا: إذا جاز أن لا يتبعض ويوجب الحد على أحدهما دون الآخر ويوجب على أحدهما الجلد وعلى الآخر الرجم جاز أن يحصل به إحصان أحدهما دون الآخر، وفي الإحصان بوطء الشبهة قولان ثم هناك عدم النكاح لم ينفرد به أحدهما وفي الحرية انفرد أحدهما.

مسألة: لا يعتبر الإسلام شرط في الإحصان.

وقال أبو حنيفة: هو شرط.

لنا: ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ «**أتي بيهوديين قد فجرا بعد إحصانهما فأمر بهما فرجمهما**»[3].

فإن قيل: إنما رجم بحكم التوبة لأنه سألهم عن الحد فقالوا: الجلد والتحميم فقد قال عبد الله بن سلام: كذبوا في التوراة آية الرجم فأتوا بها وجعلوا يقرأون ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام: ارفع يدك فإذا فيها آية الرجم فأقر بهما فرجما.

قيل: لو لم يكن ذلك شرعة لما حكم به وإنما أحضر التوراة لتكذيبهم، ولأن شرع

---

(١) بياض في الأصل.

(٢) لم أجده.

(٣) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٤/١٤٢) ح (٦٣١٠)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/٣١٨) ح (١٣٣٣١).

من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ.

فإن قيل: لعل الإحصان لم يكن مشروطاً.

قيل: هذا نسخ بالاحتمال ولأن ابن عمر ذكر بعد إحصانهما ولأن من جلد مائة إذا كان بكرا رجم إذا وطء في نكاح صحيح كالمسلم ولأن ما أوجب القتل على المسلم أوجبه على الكافر كالقتل.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**من أشرك بالله فليس بمحصن**»(١).

قلنا: الصحيح أنه من قول ابن عمر موقوفٌ عليه ثم نحمله على إحصان القذف.

قالوا: حد يعتبر فيه الإحصان فاعتبر فيه الإسلام كحد القذف.

قلنا: حكم الإحصانين مختلف، ألا ترى أن هذا يعتبر وطأً في نكاح صحيح ولا يعتبر في القذف وفي القذف يعتبر العفة من الزنا وهاهنا لا يعتبر.

قالوا من لا يحد قاذفه مع العفة لم يرجم في الزنا كالعبد.

قلنا: العبد يتصف حده في الجلد والكافر يكمل حده ولأن نكاح العبد ناقص في النفقة والقسم والتوارث بخلاف الكافر.

قالوا: نكاحه معرض للفسخ بالكمال فلا يكمل فيه الإحصان كنكاح العبد.

قلنا: إلا أنه في الحال كامل بخلاف نكاح العبد.

قالوا: صفة مدح فلا تثبت مع الكفر كالإسلام.

قلنا: يبطل بالعدالة والشهادة والولاية.

مسألة: إذا ارتد المحصن ثم أسلم وزنا رجم.

وقال أبو حنيفة: لا يرجم حتى يستأنف النكاح والوطء.

لنا: هو أنه إحصان ثابت في الإسلام قبل الردة فثبت في الإسلام بعدها كإحصان القذف.

قالوا: الإسلام شرط في الإحصان فبطل بزواله.

قلنا: لا نسلم ثم بطلانه بزواله فإذا عاد وجب أن يعود.

مسألة: اللواط كالزنا في أحد القولين وفي الثاني يوجب القتل بكل حال (٢).

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٢١٥)، والدارقطني في سننه (٣/١٤٧) برقم (١٩٩)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٣٢٥) ح (١٨٠٨).

(٢) الإفصاح (٢/١٩٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٧٣)، =

وقال أبو حنيفة: يوجب التعزير [(١)].

لنا: ما روى أبو موسى أن النبي ﷺ قال: «**إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان**»[(٢)]، وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به**»[(٣)] ولأنه فرجٌ مقصودٌ مشتهىً فأشبه فرج المرأة أو فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل فأشبه فرج المرأة، ولأن هذا لا يستباح بحال فهو بإيجاب الحد أولى كالزنا بالحائض.

قالوا: الحد لا يجب إلا بتوقيف أو اتفاق.

قلنا: قد روينا التوقيف ولأن عندنا يثبت بالقياس ثم يبطل بمن وطئ امرأةً في فراشه ظنها زوجته.

قالوا: ليس بفرج لأنه لا يتعلق به الإحصان والإحلال ولا المهر والنسب ولا يجب الغسل بالخارج منه فلا يجب فيه حد.

قلنا: الاحصان والإحلال يعتبر فيهما الكمال ولهذا لا يتعلق بفرج المرأة إلا في نكاح صحيح، وعدم المهر والنسب يؤكد الحد فإنه لا يثبت معه، والغسل يتعلق بالشهوة ولا شهوة فيما يخرج منه والحد يجب لأجل الشهوة فهو كفرج المرأة في القصد والشهوة ولهذا يستويان في الغسل بالإيلاج فيه فاستويا في الحد.

قالوا: لا يسمى زنا فلا يجب فيه حد الزنا.

قلنا: بل هو زنا لأن الزنا هو الوطء الحرام وإنما خص باسم للتمييز، ثم الشرب ليس بقذف ويجب فيه عندهم حده والوطء في رمضان ليس بظهار وتجب فيه كفارته.

مسألة: إتيان البهيمة يوجب القتل في أحد الأقوال وحد الزنا في الآخر والتعزيز في الثالث وهو قول أبي حنيفة.

روضة الطالبين (١٠/ ٩٠)، الكافي لابن قدامة (٤/ ٨٥).

(١) الإفصاح (٢/ ١٩٥)، الهداية (٢/ ٣٨٩- ٣٩٠).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٢٣٣)، وفي شعب الإيمان (٤/ ٣٧٥) ح (٥٤٥٨).

(٣) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/ ٢٠٨) ح (٨٢٠)، والحاكم في مستدركه (٤/ ٣٩٥) ح (٨٠٤٧)، والترمذي (٤/ ٥٧) ح (١٤٥٦)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٣١)، والدارقطني في سننه (٣/ ١٢٤)، وأبو داود (٤/ ١٥٨) ح (٤٤٦٢)، وابن ماجة (٢/ ٨٥٦) ح (٢٥٦١)، والإمام أحمد في مسنده (١/ ٣٠٠) ح (٢٧٣٢).

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه**»[(١)]، ولأنه حيوان فأشبه الآدمية.

قالوا: إذا لم يجب فيما دون الفرج من الآدمية وهو أشهى ففي فرج البهيمة أولى.

قلنا: ما دون الفرج من الشابة ويجب في فرج المريضة والعجوز الفانية ثم لا يجب فيما دون الفرج من الشابة ويجب في فرج المريضة والعجوز الفانية.

مسألة: تقتل البهيمة ومن أصحابنا من قال إن كانت مما تؤكل ذبحت وإن كانت مما لا تؤكل لم تذبح [(٢)].

وقال أبو حنيفة: لا تقتل [(٣)].

لنا: الخبر ولأنه ربما أتت بولد مشوه فيعير بها ولأنه ربما دعا غيره إلى إتيانها.

قالوا: وطء في ملك الغير فلا يوجب إتلافه كوطء أمة الغير.

قلنا: ما ذكرناه في البهيمة لا يوجد في وطء الأمة.

مسألة: إذا تزوج ذات رحم محرم ووطئها أو استأجر أجنبيةً ليزني بها فوطئها حد.

وقال أبو حنيفة: لا يحد.

لنا: أنه وطء محرم بالإجماع لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك والواطئ عالم بالتحريم فوجب عليه الحد كما لو زنا بغير عقد، ولأنه عقد لا يبيح الوطء بحال فلم يسقط الحد كما لو استأجر امرأةً للخبز فوطئها ولأنه إذا لم يسقط الحد بالإجارة الصحيحة فبالفاسدة أولى ولأنه لو سقط بهذا العقد لسقط بالمعاطاة لأن عندهم أنه ينعقد به البيع والإجارة فإن ركبوا هذا أسقطوا حد الزنا فإن الزنا لا يكون إلا بمعاطاة.

قالوا: وطئ عن عقد فأشبه الوطء في نكاح المتعة والنكاح بلا ولي ولا شهود.

قلنا: لا يسلم أنه عن عقد فإن العقد وجوده وعدمه واحد والمعنى في الأصل أو الوطء شبهة لأن من الناس من يقول أنه حلالٌ فصار ذلك شبهة في إسقاط الحد وهاهنا لا شبهة في الوطء ولا في الواطئ فلم يسقط الحد.

قالوا: النكاح يبيح الوطء في الجملة فأسقط الحد وإن لم يبح كملك اليمين في أخته.

قلنا: إلا أنه لا يبيح هاهنا بحال وفي وطء الأخت بملك اليمين قولان ثم الوطء هناك

---

(١) أخرجه عبد بن حميد في مسنده (١/٢٠٠) ح (٥٧٥).

(٢) الإفصاح (٢/١٩٦)،

(٣) الإفصاح (٢/١٩٦)، انظر: الهداية (٢/٣٩٠).

في ملك وهاهنا في غير ملك ولا شبهة ملك.

قالوا: هذا ليس بزنا فإنه لو كان زنا لكان المجوس زناة وأولادهم أولاد زنا.

قلنا: هو زنا إذ لا شبهة في تحريمه، والمجوس يعتقدون إباحته فهو كمن زفت إليه غير امرأته فاعتقد أنها زوجته وهذا يعتقد تحريمه فهو كمن زفت إليه غير امرأته وعرف تحريمها.

مسألة: إذا وطء امرأة في فراشه ظنها زوجته لم يحد [١].

وقال أبو حنيفة: يحد [٢].

لنا: هو أنه وطئها وهو يعتقد إباحتها إذا زفت إليه غير امرأته، ولأنه عذر محتمل فأشبه إذا قال كنت تزوجتها.

قالوا: مفرط في ترك سؤالها فلم يعذر كما لو زنا وادعى أنه جهل تحريم الزنا.

قلنا: يبطل بمن وطئ جارية ابنه أو وطئ في نكاح بلا ولي ولا شهود وبمن وطئ أمه بالنكاح عندهم وإذا ادعى الجهل بتحريم الوطء وكان قريب العهد بالإسلام أو بعيداً من بلاد الإسلام لم يحد وإن لم يكن كذلك حد لأنه لا يجوز أن يجهل تحريم الوطء فلم يكن ما يدعيه شبهة وهاهنا يجوز أن يظن أنها زوجته فصار ذلك شبهة.

مسألة: إذا مكنت العاقلة مجنونا من نفسها وجب عليها الحد.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: أن من لزمه الحد إذا كان شريكه عاقلا لزمه إذا كان مجنونا كالرجل يؤكده أن الزنا فعله وفعلها ولهذا يقال زانٍ وزانية فكما يجب بزناه دونها فكذلك بزناها دونه، ولأنه سقط الحد عنه بمعنى يخصه فلاً يسقط عنها بسببه كما لو زنا مستأمن بمسلمة، ولأن كل واحد منهما يعتبر حكمه بنفسه في صفة الحد من الجلد والرجم فكذلك في أصله.

قالوا: الزنا فعل الرجل لأنه اسم الوطء وهو الواطئ وإنما هي محل الفعل والرجل ليس بزان فلم تكن هي زانية كالأب إذا وطئ جارية الابن.

قلنا: بل الزنا فعلهما ولهذا يقال زان وزانية ولهذا بدأ الله تعالى بذكرهما، ولأنه لو صح ما قالوا لو وجب لوجب أن لا يجب وإن كان الرجل عاقلا لأنه لا فعل لها ، ولأنا لا

---

(١) الإفـصاح (١٩٤/٢)، ووافـق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (١٠٧٤/٢)، روضة الطالبين (٩٣/١٠)، الكافي لابن قدامة (٨٧/٤).

(٢) الإفصاح (١٩٤/٢)، انظر: الهداية (٣٨٩/٢).

نسلم أن المجنون ليس بزان وإنما سقط عنه الحد للجنون، وفي الأصل لم يجب الحد لأنهما يشتركان في شبهة الملك وهاهنا لا يشتركان في شبهة الجنون.

قالوا: إذا سقط الحد عنه فلأن يسقط عنها وهي تابعة أولى.

قلنا: لا نسلم أنها تابعة بل هي أصل كالرجل ولهذا يضاف إليها كما يضاف إلى الرجل ويعتبر صفة كل واحد منهما في صفة الحد.

مسألة: المكره على الزنا لا حد عليه في ظاهر المذهب.

وقال أبو حنيفة: عليه الحد.

لنا: أنه فعل يوجب الحد فلا يوجب إذا أكره عليه كالسرقة، ولأن من أكره على الزنا لا حد عليه كما لو أكرهه السلطان.

فإن قيل: لأن هناك ينعزل فيصير الدار بلا سلطان كدار الحرب.

قيل: لا يصير لأن خلفاءه لا ينعزلون فيجب أن يقيموا الحد.

قالوا: الزنا مع الإكراه لا يمكن لأنه حالة خوف ولا يمكن الجماع مع الخوف فإذا فعل علمنا أنه مختار.

قلنا: الخوف إما يكون إذا لم يفعل فأما إذا فعل فلا خوف عليه فيجامع من غير خوف.

مسألة: إذا أقر أنه زنا بامرأة وأنكرت حد الرجل.

وقال أبو حنيفة: لا يحد.

لنا: ما روى سهل بن سعد أن رجلاً أقر بأنه زنا بامرأة فبعث النبي ﷺ إليها فجحدت فحُد الرجل.

فإن قيل: لعله حده حد القذف.

قيل: حد القذف يحتاج إلى مطالبتها ولم ينقل، ولأنه أقر بما يوجب الحد فأشبه إذا سكتت المرأة، ولأنه لو كان إنكارها يسقط الحد لما حد إذا غابت لجواز أن تكون منكرة، ولأنه سقط الحد عنها لمعنى يخصها فلا يسقط عنه كما لو أكرهها.

قالوا: قد حكم بعدم الوطء في حقها فكذلك في حقه.

قلنا: لم يحكم بعدمه في حقها ولكن لم يوجب الحد عليها لأنه لم يثبت.

مسألة: يثبت الزنا بإقرار مرة [1].

---

(١) الإفصاح (٢/١٩٤)، ووافق الشافعية مالك انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٧٠)، روضة الطالبين (١٠/٩٥).

وقال أبو حنيفة: لا يثبت حتى يقر أربع مرات في أربع مجالس [١].

لنا: قوله ﷺ يا أنيس أعد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها وروى عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وقالت: إنها زنت وهي حبلى فدعا النبي ﷺ ولياً لها فقال: «**احص أيامها فإذا وضعت فجئ بها فلما أن وضعت جاء بها فأمر بها فرجمت**» [٢] وروي أن الغامدية أتت النبي ﷺ فقالت: إني فجرت فقال: «**ارجعي**» فلما كان الغد أتته فقالت: أتردني كما رددت ماعز فوالله إني لحبلى فقال: «**ارجعي حتى تلدي فلما ولدت أتت بالصبي**». فقال: «**ارجعي حتى تفطمي**» فجاءت به وقد فطمته فأمر فرجمت» [٣]، ولأنه حق يثبت بالإقرار فهو كسائر الحقوق أو حق يسقط بالرجوع عن الإقرار فأشبه حد الشرب والسرقة ولأنه إقرار مرة واحدة يمنع من سماع البينة فدل على أنه إقرار تام.

فإن احتجوا بأن ماعزًا أقرَّ بالزنا فأعرض عنه فأقرَّ ثانياً فأعرض عنه فأقرَّ ثالثا فأعرض عنه فلما أقر الرابعة أمر برجمه.

قلنا: يحتمل أنه قصد تعريضه للرجوع فإن ذلك سنة ويحتمل أنه اتهمه ولهذا قال: «**أبك جنة**» وقال «**استنكهوه**»، ويحتمل أنه لم يصرح ولهذا قال له «**لعلك قلت أو غمزت أو نظرت**» قال لا فقال «**أنكتها**» قال: نعم فعند ذلك أمر برجمه.

قالوا: قول يثبت به الزنا فاعتبر فيه التكرار كالشهادة واللعان.

قلنا: التقدير عندهم لا يثبت بالقياس ولأن الشهادة بينة من جهة الغير فاعتبر فيه العدد لسكون النفس والإقرار بينة من جهته ولهذا يعتبر العدالة والذكورية في الشهادة ولا يعتبر في الإقرار ويعتبر العدد في الشهادة في سائر الحقوق ولا تعتبر في الإقرار، واللعان أيمان وللعدد مدخل في الأيمان كالقسامة ولا مدخل للعدد في الإقرار.

مسألة: يجب الحدود والقصاص في دار الحرب.

وقال أبو حنيفة: لا يجب إلا في معسكر الإمام.

لنا: أنه مكان يحرم فيه الزنا فهي كدار الإسلام أو بقعة يجب فيها قضاء العبادات أو غرامة المتلفات فهي كمعسكر الإمام.

---

(١) الإفصاح (٢/١٩٤)، انظر: الهداية (٢/٣٨٢).

(٢) أخرجه مسلم (٣/١٣٢٤) ح (١٦٩٦).

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٣٢٣) ح (١٦٩٥).

قالوا: زنا في موضع لا يد للإمام فيه فأشبه الحربي.

قلنا: عدم اليد يمنع الاستيفاء فلا يمنع الوجوب كعدم الإمام في غرامة المتلفات والحر والرد في الحدود والحمل في القصاص، ثم الحربي غير ملتزم لحكم الإسلام ولهذا لو زنا في دار الإسلام لم يحد.

قالوا: دار الحرب يبيح أخذ المال فأسقط حده وإن لم يبح كنكاح المتعة.

قلنا: إلا أنه لا يبيح مال المسلم ويخالف نكاح المتعة فإن ذاك مختلف في إباحة الوطء فيه وهذا مجمع على تحريم المال فيه .

مسألة: يجوز للمولى إقامة الحد على عبده.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

لنا: ما روى علي أن النبي ﷺ قال: «**أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم**»[1]، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد**»[2]، وعن ابن مسعود أنه قال لرجل زنت أمته «**اجلدها**»، وزنا غلام لابن عمر بجارية له فجلدهما، وجلد أبو بردة وليدة له، وجلدت فاطمة رضي الله عنها أمة لها زنت، وقطعت عائشة رضوان الله عليها جارية لها سرقت، وقتلت حفصة رحمة الله عليها جارية لها سحرتها.

وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى أدركت بقايا الأنصار وهم يضربون الوليدة من ولائدهم في مجالسهم إذا زنت، ولأنها عقوبة جعلت للزجر فملك السيد إقامتها على عبده كالتعزير.

قالوا: ليس بسلطان ولا يرجع بالولاية إليه فلم يملك إقامة الحدود كالأجنبي والأب يؤكده أن الحد لله عز وجل فلا يستوفى الأمر ناب عنه في حقوقه.

قلنا: وإن لم يكن سلطانا إلا أنه كالسلطان ألا ترى أنه يملك تزويجه مع اختلاف الدين وينفذ إقراره عليه بجناية الخطأ ويزيد عليه بأنه يملك رقبته ومنفعته فكان أولى من السلطان بخلاف الأجنبي والأب والجد وإن كان لله ألا يتصل بحق السيد لإصلاح الملك فملك كالتعزيز وتزويج عبده بملكه لصلاح ملكه وإن كان البضع لا يحصل على ملكه.

قالوا: لو ملك الحد بالإقرار لملك بالبينة.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٢٤٥)، والدارقطني في سننه (٣/١٥٨) برقم (٢٢٨)، والنسائي في الكبرى (٤/٢٩٩) ح (٧٢٣٩)، والإمام أحمد في مسنده (١/١٤٧٥) ح (١٢٣٠).

(٢) أخرجه البخاري (٢/٧٧٧) ح (٢١١٩)، ومسلم (٣/١٣٢٨) ح (١٧٠٣).

قلنا: إن أحسن سماع البينة أقام بها وإن لم يحسن دفع إلى من يسمع فإذا استقر الحد أقامه بنفسه.

مسألة: لا يجب على الإمام والشهود البداية بالرجم.

وقال أبو حنيفة: إن ثبت بالإقرار بدأ الإمام وإن ثبت بالبينة بدأ الشهود ثم الإمام.

لنا: أن النبي ﷺ أمر برجم ماعز ولم يحضر ولم يستحلف، ولأنه إقامة حد فأشبه جلد البكر وسائر الحدود.

قالوا: روي أن عليا عليه السلام لما أراد رجم سراحة الهمدانية قال: «أيها الناس إنما الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم السر أن يشهد عليها الشهود فيبدأ الشهود فيرجمون ثم يرجم الإمام ورجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها فيبدأ الإمام فيرجم ثم يرجم الناس ألا وإني راجم فلا ترجموا بحجر فما أخطا أذنها، وكان من أصوب الناس رمياً»[1].

قلنا: نحمله على الاستحباب.

قالوا: فيه امتحان للشهود.

قلنا: بل فيه اتهام لهم وهذا لا يجوز الاستظهار عليهم بزيادة العدد ولا بيمين المدعي، ثم يبطل بالجلد وسائر الحدود .

مسألة: تقبل الشهادة على الزنا في مجالس.

وقال أبو حنيفة: لا يقبل إلا في مجلس واحد.

لنا: أنهم شهدوا على زنية واحدة فأشبه إذا اجتمعوا في مجلس ولأن كل بينة قبلت في مجلس قبلت في مجالس كالبينة في القتل وسائر الحدود، ولأنها إذا اقترفت فهي أبعد من التهمة فهي بالقبول أولى، ولأنه اعتبر تفريق الإقرار الأربع في مجالس وجمع الشهادة في مجلس ولا فرق بينهما.

قالوا: ما خص بزيادة الشهادة شرط في الشهادة فيه الاجتماع كالنكاح.

قلنا: لأن ذاك لحمل فإذا انفرقوا لم يجتمع شاهدان على تحمل عقد وهذا تثبيت فهو كإثبات النكاح ولهذا يقع السماع هناك دفعة واحدة والأداء هاهنا لا يكون دفعة واحدة.

فإن احتجوا بأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة ولو قبل من جاء بعدهم لم يحدهم.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٣٢٧/٧) ح (١٣٣٥٣)، وانظر/ التمهيد (٨٠/٩).

قلنا: لأنه لم يمكن هناك غيرهم.

قالوا: الأول صار قاذفاً فلا يصير شاهداً بمجيء غيره.

قلنا: لا يصير قاذفاً ولو صار قاذفاً لصار وإن كان الباقون معه في المجلس.

قالوا: لو قبل من يجيء من بعده لقبلوا بعد إقامة الحد على الأول.

قلنا: يحتمل أن يقال يقبل ثم هناك كذبناه وجعلناه خصماً ولهذا لو أقيم عليه الحد وهم معه في المجلس لم يتمم شهادتهم بشهادته ولو لم يقم عليه تمم.

مسألة: تقبل البينة على الزنا والشرب والسرقة بعد تقادم العهد.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل.

لنا: أن كل بينة ثبت بها الحق مع تقادم العهد ثبت بها مع بعده كالبينة في القذف والمال.

قالوا: إذا شهدوا بعد حين علمنا أنهم لم يحملهم على ذلك إلا عداوة وضغن ولهذا قال عمر: أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هو شهود ضغن.

قلنا: يحتمل أنهم آثروا السير عليه ثم رأوا الحاجة إلى إظهاره لكثرة الفساد أو تركوا لأنه لم يكن للسلطان يد تستوفي ثم أظهروا عنه القدرة أو انتظروا في السرقة مطالبة الآدمي كما انتظروا في القذف، ولأنه لو شهدوا للضغن لوجب إذا شهدوا عليه بحق آخر أن لا يقبل، ولأن العداوة المتحققة عندهم لا تمنع الشهادة فكيف تمنع عداوة متوهمة، وحديث عمر يرويه الحسن عنه وهو مرسل وهو قول واحد من الصحابة.

مسألة: إذا لم يتم عدد الشهود لم يحد الشهود في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يحدون.

لنا: هو أن من شهد بالزنا لم يحد حد القذف كما لو تم العدد، ولأنه مأذون منه فلا يوجب حد القذف كسائر المباحات ولأنه معنى يمنع الحكم بالشهادة فلا يوجب الحد على الشاهد كالفسق، ولأنه لو كان قاذفاً لوجب إذا شهد بشرب الخمر ولم يتم العدد أن يعزر، ولأنه لو شهد اثنان أنه زنا بها في البصرة واثنان أنه زنا بها بالكوفة لم يحدوا وإن لم يتم عددهم فكذلك هاهنا.

قالوا: روي أنه شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معين على المغيرة بالزنا وعلل زناه للشهادة فجلد عمر الثلاثة.

قلنا: أبو بكرة خالفه فإنه قال له تب تقبل شهادتك فقال: لا أتوب ولو كان ذلك قذفا لتاب منه.

قالوا: لو لم يوجب الحد جعلوا الشهادة لأربعة إلى القذف ويكون الشين به أبلغ.

قلنا: فيجب أن يفسق الشاهد ثم يبطل بالأربعة، ولأنه لا يجعل ذريعة لأنه كبيرة فلا يقدم عليها، ثم لو أوجبنا الحد لم يشهد أحد بالزنا فتبطل الحدود، ولأنه لو أوجبنا فعد الرابع عنهم فيوجب الحد عليهم.

مسألة: إذا شهد اثنان أنه زنا بها بالبصرة وآخران أنه زنا بها بالكوفة حدّوا على أظهر القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يحدون.

لنا: هو أنه لم يتم العدد على زنية فأشبه إذا لم يكن أكثر من شاهدين.

قالوا: تم العدد وإنما لن يوجب الحد للشبهة فلم يحد الشهود.

قلنا: يبطل به إذا شهد أربعة وفيهم عبدٌ أو كافرٌ، ثم العدد لم يتم في فعل واحد ولهذا لم يجب به الحد على المشهود عليه.

مسألة: إذا شهد أربعةٌ ثم رجع واحد لم يحد الباقون [1].

وقال أبو حنيفة: إن رجع قبل إقامة الحد حُدّوا [2].

لنا: أنه رجوع عن شهادة فلا يوجب الحد على الباقين كما لو كان بعد إقامة الحد.

قالوا: هو بمنزلة ما لم يتم العدد.

قلنا: لو كان كذلك لحد قاذفه، ولأن هناك لم يجب الحد وهاهنا قد وجب.

مسألة: إذا شهد أربعة على الزنا وأضاف كل واحد منهم الزنا إلى زاوية من البيت لم يجب الحد.

وقال أبو حنيفة: يجب استحسانا.

لنا: أنه لم يتم شهادتهم على زنا واحد فهو كما لو شهد بعضهم أنه زنا بها في البيت والبعض خارج البيت.

قالوا: يمكن حمل شهادتهم على الصحة بأن يكون قد زنا بها في وسط البيت فقدر كل واحد أنه أقرب إلى الزاوية التي شهد بها أو ابتدأ بها في زاوية ولم يزل يجرها حتى حصلت في الزوايا فلا يطرح شهادتهم ولا يوجب عليهم حد القذف.

---

(١) الإفصاح (١٩٨/٢)، انظر: روضة الطالبين (٢٩٦/١٠).

(٢) الإفـصاح (١٩٨/٢)، ووافق الأحناف مالك وأحمد، انظر: الهداية (٣٩٦/٢)، الكافي لابن عبد البر (١٠٧١/٢)، الكافي لابن قدامة (١٠٣/٤).

قلنا: يحتمل هذا ويحتمل أن يكون على أفعال فوجب أن تغلب الإسقاط فإن الحد يحتاط لإسقاطه ولهذا قال ﷺ حديث «**ادرءوا الحدود ما استطعتم**»، ولأن يحظى الإمام في العفو خير من أن يحظى في العقوبة، ولأن فيما قالوه تكذيباً للشهود ولأن جلد أربعة أولى من رجم اثنين.

مسألة: إذا شهد اثنان بالإحصان وأربعة بالزنا فرجم ثم رجعوا ضمن شهود الإحصان ثلث الدية، ومن أصحابنا من قال إن شهدوا قبل شهادة الزنا لم يضمنوا ومنهم من قال لا يضمنون بحال وهو قول أبي حنيفة.

لنا: أنه لم يتم الرجم إلا بشهادتهم فصاروا كشهود الزنا وشهود التزكية.

قالوا: الرجم يجب بالزنا دون الإحصان فلم يلزم شهوده.

الضمان كما لوشهد اثنان أنه علق عتق عبده بدخول الدار وشهد اثنان أنه دخل الدار.

قلنا:لا يجب إلا بالإحصان كما لا يجب إلا بالزنا والأصل غير مسلم فإنه يجب الضمان على الجميع.

مسألة: إذا شهد ستة على الرجل بالزنا ثم رجع ثلاثة ضمنوا نصف الدية فإن رجع اثنان لم يلزمهما شيء على المنصوص وقال أبو إسحق يلزمهما ثلث الدية.

وقال أبو حنيفة: إن رجع ثلاثة لزمهم ربع الدية وإن رجع اثنان لم يلزمهما شيء.

لنا: أن ما ضمنه كل واحد منهم إذا اتفقوا على الرجوع جاز أن يضمن إذا انفرد بعضهم كما لو رجع اثنان من أربعة ولأن الإتلاف بشهادة الجميع فصار كما لو اشتركوا في جرحه.

قالوا: لا اعتبار بما بقى ولهذا لو رجع اثنان من ستة لم يلزمهما شيء وقد بقى ثلاثة أرباع البينة.

قلنا: لا نسلم إذا رجع اثنان وإن سلم فلأن هناك بقيت النفس على الإباحة فلا يضمن بشيء وهاهنا قد ضمنت فاعتبر عدد من يضمن.

مسألة: إذا شهد عليه فجلده ثم بان أنه كان فيهم عبداً أو كافراً وجب ضمان أرش الضرب.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: أنه جناية صدرت عن خطأ الحاكم فأشبه إذا كان محصناً فرجمه.

قالوا: أثر الضرب غير محكوم به فلا يضمنه الإمام.

قلنا بل هو محكوم به لأنه لابد من ضرب يبقى أثره، ولأنه إن لم يحكم به فقد حصل بفعل الجلاد به واعتماده فوجب أن يضمنه الجلاد.

مسألة: إذا شهدوا عليه بالزنا وله زوجة له منها ولد وأنكر الوطء لم يرجم.

وقال أبو حنيفة: يرجم.

لنا: هو أن الولد يلحق بالإمكان والإحصان لا يثبت إلا بالوطء لأن عندهم لو طلقها في مجلس العقد لحق الولد به ولو لم يوجد الوطء بيقين.

قالوا: الظاهر قد وجد الوطء ولهذا يوجب عليه المهر.

قلنا: في المهر قولان، ثم المهر وجب بالعقد جميعه فلا يسقط نصفه بالشك والحد لم يجب فلا يجوز إيجابه بالشك.

مسائل حد القذف

مسألة: حد القذف حق لآدمي يورث عنه ويعفو عنه (١).

وقال أبو حنيفة: هو لله عز وجل (٢).

لنا: هو أنه حق لا يستوفى إلا بمطالبة آدمي به فأشبه سائر الحقوق ولا يلزم حد السرقة فإنه يستوفى من غير مطالبة آدمى في قول أبي إسحق ولأن ذاك لا يحتاج إلى مطالبة الآدمى بالحد وإنما يحتاج إلى مطالبته بالمسروق لجواز أن يكون قد أذن له في أخذه فتنتفى الشبهة بالمطالبة ولأنه عقوبة لا تسقط بالرجوع عن الإقرار فأشبه القصاص، ولأنه لو كان لله عز وجل لم يجز للحاكم أن يحكم فيه بعلمه ولا قبل فيه الشهادة من غير طلب ولأنه يصح فيه الاستعداء والإعداء ويسمع فيه الدعوى، ولأنه عندهم إذا اجتمعت حدود الله تعالى مع القتل تداخلت، ولا يدخل حد القذف ويقدم على سائر الحدود في الاستيفاء فدل على أنه للآدمي، ولأنه لو قال له يا ابن الزانية وقد ماتت أمه كان له المطالبة بحدها فدل على أنه موروث.

فإن قيل: يطالب به لأنه قدح في نسبه قيل لو رماها بزنا قبل ولادته أو بعدها ثبت المطالبة وإن لم يقدح في نسبه، ولأنه لو كان للقدح في نسبه لثبت له المطالبة في حياة الأم.

---

(١) الإفصاح (٢/١٤٠)، ووافق الشافعية مالك انظر: المرجع السابق.

(٢) الإفصاح (٢/١٤٠)، المغني (١٠/٢٠٥).

قالوا: حد ينتصف بالرق كسائر الحدود يؤكده أنه لو كان للآدمي لما انتصف بنقص الجاني.

قلنا: النكاح والطلاق والعدة تتنصّف وهي للآدمي، والتأكيد ينكسر بجناية العبد فإنه ينقص أرشها لرق الجاني فلا يجب أكثر من قيمته ثم هو للآدمي وسائر الحدود يستوفى من غير مطالبة آدمي ويقبل فيها الرجوع من الإقرار بخلاف هذا.

قالوا: لو كان للآدمي لسقط بالإذن كالقصاص.

قلنا: يسقط في قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله وإن سلم فلأن العار يرجع إلى العشيرة فلم يعمل فيه الإذن.

قالوا: يقف استيفاؤه على الإمام فدل على أنه لله عز وجل.

قلنا: ويقف على مطالبة الآدمي ويتعذر الاستيفاء بتركه فدل على أنه للآدمي، وعلى أنه افتقر إلى الإمام لما يخاف فيه التحيف في استيفائه، ثم يبطل على أصلهم بالرد بالعيب والشفعة.

قالوا: لو كان للآدمي لجاز الصلح عنه على مال.

قلنا: يبطل بخيار الشرط وولائه النكاح ولأن جنسه لا يتقوم فلم يمكن أخذ المال عنه.

قالوا: ليس بمال ولا يؤول إلى مال فلا يورث كخيار القبول.

قلنا: يبطل بحبس الرهن وحبس المبيع، وخيار القبول غير لازم فسقط بالموت وهذا لازم فهو كالرد بالعيب.

مسألة: إذا قذف رجل امرأة بعد الموت ثبتت المطلبة للورثة.

وقال أبو حنيفة: لا تثبت إلا لمن ينسب إليها.

لنا: هو أنه عصبة فأشبه الابن.

قالوا: العار يدخل على الابن دون الأخ.

قلنا: لو كان للعار لما ثبت إذا قذف أمه بزنا يتقدم على ولادته.

مسألة: إذا قذف الذمي مسلما ثم نقض العهد ولحق بدار الحرب أو ارتد المقذوف لم يسقط الحد.

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: هو أنه طرأ بعد وجوب الحد لا يقدح في حال الوجوب فلا يمنع استيفاء كما لو دخل دار الحرب في تجارة.

قالوا: معنى لو وجد الابتداء منع وجوب الحد فأسقطه كالزنا، ووطء الشبهة وإنكار الزنا.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه وبه إذا جن وما قاسوا عليه يقدح في حال الوجوب وهذا بخلافه.

مسألة: إذا قذف جماعةً بكلمات وجب لكل واحد منهم حد وإن قذفهم بكلمة ففيه قولان (١).

وقال أبو حنيفة: يتداخل (٢).

لنا: هو أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين، ولأنه قذف جماعة فلم يتداخل موجباته كما لو قذف زوجاته، ولأنه إذا طالب أحدهم أقيم فلو تداخل لسقط حق الباقين من الاستيفاء.

قالوا: قذف هلال بن أمية امرأته بشريك بن السحماء فقال له النبي ﷺ «**البينة وإلا حدّ**» في ظهرك (٣)، وجلد عمر رضي الله عنه الثلاثة حداً حداً.

قلنا: لعل شريكا لم يطالب، وليس في حديث عمر رضي الله عنه أنهم شهدوا عليها بالزنا ولأن من أصحابه من قال إذا كان بزنا واحد يجب حداً واحداً.

قالوا: حدود من جنس واحد فأشبه حد الزنا والسرقة والشرب.

قلنا: تلك تجب لله فبنيت على التخفيف وهذا لآدمي فبني على التشديد.

قالوا: لو لم يتداخل للجماعة لم يتداخل للواحد.

قالوا: يبطل باللعان في قذف الزوجات وبأرش الأطراف مع النفس.

مسألة: إذا قذف حرة مسلمة بزنا في حال الرق أو الكفر لم يحد.

وقال أبو حنيفة: يحد.

لنا: هو أنه قذفها بزنا في حال لا يحد قاذفه فأشبه إذا قذفها بزنا في حال الصغر.

قالوا: القذف في هذه الحال فأشبه إذا أطلق.

---

(١) الإفصاح (١٣٩/٢)، انظر روضة الطالبين (٣٤٦/٨).

(٢) الإفصاح (١٣٩/٢)، ووافق الأحناف مالك والشافعي (في الجديد)، انظر المغني لابن قدامة (٢٣١/١٠)، الكافي لابن عبد البر (١٧٧/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢٧/٤)، روضة الطالبين (٣٤٦/٨).

(٣) تقدم تخريجه.

قلنا: إلا أنه مضاف إلى حال لا إحصان فيه فصار كما قسنا عليه.

مسألة: إذا قال لرجل يا زانية حد.

وقال أبو حنيفة: لا يحد.

لنا: أن ما كان قذفاً في النساء كان قذفاً في الرجال كقوله يا زان.

فإن قيل: لأن ذاك يجوز في النساء على جهة الترخيم.

قيل: لو كان ترخيماً لوجب أن يحذف الهاء ويبقي ما قبلها على حركته كما قال الشاعر:

جـــــاري لا تنكـــــري عذيـــــرى ....

ولأن الهاء تراد لخطاب النفس ولهذا قرأ عليٌّ ﴿**بَلَى قَدْ جَاءَتْكَ آيَاتِي فَكَذَّبْتَ بِهَا وَاسْتَكْبَرْتَ**﴾ (الزمر: من الآية٥٩) وتراد للمبالغة في الفعل كقولهم نوامة وقتالة وشتامة، ولأنه اجتمع بالتمييز باللفظ والتمييز بالإشارة فكان الحكم للإشارة كما لو قال لرجل زنيت ولامرأة زنيت.

قالوا: زنا المرأة التمكين وهذه الصفة تستحيل في الرجل فأشبه إذا قال زنت يدك أو زنيت في المهر.

قلنا: ليس الزنا هو التمكين ولا الإيلاج بل هو معنى يحصل باجتماعهما وذلك لا يستحيل وصفه به وإنما جعل الهاء للتمييز بين الشخصين كما قال قاتل وقاتلة وكذابة وإن كان الفعل منهما واحداً ثم يبطل به إذا قال للمرأة يا زان فإنه وصفها بما يستحيل منها ثم يجب الحد.

مسألة: إذا قال زنأت في الجبل لم يكن قذفاً.

وقال أبو حنيفة: هو قذف.

لنا: أن الزنأ الصعود ولهذا قال الشاعر:

وأرق إلى الخـــيرات زنـــأ في الجـــبل

فلا يجعل قذفا من غير نية.

قالوا: العامة تستعمله في القذف فأشبه إذا لم يذكر الجبل.

قلنا: لا يعرف هذا في كلام العامة ولأن هذا يبطل بالكنايات والأصل لا نسلم في أصح الوجهين.

مسألة: التعريض بالقذف يجب به الحد إذا قصد به القذف [١].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [٢].

لنا: هو أنه أراد القذف بلفظ يصلح له فإنه إذا قال زنأت ونوى، ولأن ما لا يشترط فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح كالطلاق والعتاق ولا يلزم النكاح.

قالوا: قائم مقام الغير فلا يجب به الحد كالشاهد والمرأتين.

قلنا: الشاهد والمرأتان غير قائم مقام الغير ولهذا يجوز الحكم به مع وجود الرجلين وإنما لم يجب به الحد لأنه بينة ضعيفة والكناية مع النية كالصريح.

مسألة: إذا شهد واحد أنه قذفه يوم الخميس وآخر أنه قذفه يوم الجمعة لم يحد.

وقال أبو حنيفة: يحد.

لنا: أنه لم يتم شهادتهما على قذف واحد فأشبه إذا شهد أحدهما أنه قذف زيداً والآخر أنه قذف عُمر ولأنهما فعلان مختلفان فأشبه إذا شهد أحدهما أنه جني عليه يوم الخميس والآخر جني عليه يوم الجمعة.

قالوا: معنى واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى فصار كالإقرارين.

قلنا: بل هما قذفان وجنايتان بخلاف الإقرارين.

مسألة: التعزيز غير واجب.

وقال أبو حنيفة: إن غلب على ظنه أنه لا يصلحه غيره وجب.

لنا: قوله ﷺ «**أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود**»، ولأنه ضرب آدمي غير مقدر فلم يجب كضرب الزوجة والولد ولأنه لو وجب لوجب وإن غلب على ظنه أنه يصلحه غير الضرب كالحد.

قالوا: ضرب في حق الله تعالى فأشبه الحدود بخلاف هذا.

مسألة: إذا مات من التعزيز وجب ضمانه.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: حديث المرأة التي أجهضت ذا بطنها وقد مضى في الجنايات ولأنه ضرب آدمي غير مقدر جعل للتأديب فضمن في حق الغير كضرب الزوجة والولد.

قالوا: يعود نفعه إلى المفعول به فلا يضمنه كالحدود وقطع من ولده.

---

(١) الإفصاح (٢/١٣٩)، انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٧٧).

(٢) الإفصاح (٢/١٣٩)، انظر: بدائع الصنائع (٧/٤٢).

قلنا: بضرب الولد والحد مقدر بالشرع فلا يضمن ما تولد منه وهذا موكل إلى اجتهاده فشرط على السلامة، ولأنه لا مندوحة له عن الحد لأنه لا يجوز تركه فهو كالرمي إلى دار الحرب وهذا له عنه مندوحة بالزجر والكلام فضمن ما تولد منه كالرمي إلى الصيد وقطع السلعة جرح أذن فيه فلم يضمن ما تولد منه وهذا تأديب فهو كضرب الولد.

مسألة: ما يجب بخطأ الإمام على عاقلته في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: في بيت المال.

لنا: قول الخليفة عمر للخليفة عليٍّ في المرأة التي أجهضت ذا بطنها عزمت عليك لتقسمنها على قومك، ولأنه جنايةٌ تجب عمدها في ما لها فكان خطؤها على عاقلتها كجنايته في غير الحاكم.

قالوا: وكيل المسلمين فكان حاصل الضمان عليهم كالوكيل مع الموكل.

قلنا: وهو وكيلهم في الصواب لا في الخطأ فهو كالوكيل إذا تعدى.

قالوا: يكثر خطؤه فيجحف بعاقلته.

قلنا: الخطأ نادرٌ فلا يجحف.

كتاب السرقة

مسألة: النصاب في السرقة ربع دينار [(١)].

وقال أبو حنيفة: عشرة دراهم [(٢)].

لنا: ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً**»[(٣)]، أخرجه أبو داود، وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل سرق تُرساً من صفة النساء ثمنه ثلاثة دراهم [(٤)] أخرجه أبو داود، وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع

---

(١) الإفصاح (٢/٢٠٥)، الأم (٦/١١٥)، روضة الطالبين (١٠/١١٠).

(٢) الإفصاح (٢/٢٠٥)، انظر: بدائع الصنائع (٧/٧٧- ٧٨)، الهداية (٢/٤٠٨)، الفتاوي الهندية (٦/٤٣٢).

(٣) أخرجه البخاري (٦/٢٤٩٢) ح (٦٤٠٧)، ومسلم (٣/١٣١٢) ح (١٦٨٤).

(٤) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٤/١١٥) ح (٦٢٢٨)، والبيهقي في الكبرى (٨/٢٥٦)، وأبو داود (٤/١٣٦) ح (٤٣٨٦)، والنسائي في الكبرى (٤/٣٣٥) ح (٧٣٩٦)، والإمام أحمد في مسنده (٢/١٤٥) ح (٧/٦٣).

سارقاً في مجن ثمنه عشرة [١].

قيل: هذا في مجن آخر لأن المجن الواحد لا يقوم بعشرة وثلاثة، ولأنه إن كان واحداً وجب أن يؤخذ في تقويمه بالأقل.

فإن احتجوا بما روى مجاهد عن أيمن أن النبي ﷺ قال: «**أدنى ما يقطع السارق فيه ثمن المجن وكان يقوم ديناراً**»[٢].

قلنا: قال الدارقطني أيمن هذا مولى ابن الزبير تابعي فهو مرسل [٣].

قالوا: روى الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال لا قطع إلا في عشرة دراهم.

قلنا: الحجاج لا يحتج به وحديث عمر ولعله يرويه عن جده الأدنى محمد بن عبد الله ابن عمرو بن العاص فهو مرسلٌ فلا نترك له أخبارنا وهي في الصحاح.

قالوا: قطع عضو بمال فلم يتقدر المال فيه فيرجح دينار كالمهر.

قلنا: القطع لا يستباح بالمال وإنما يستباح بإخراج المال من الحرز والعضو لا يستباح في النكاح كما لا يستباح العين في الإجارة وإنما يستباح المنفعة ثم المهر عوض في عقد لم يعتبر فيه للمماثلة وكان تقديره إلى رضاهما كالثمن في البيع والنصاب جعل للتفرقة بين ما يحتاج إلى الردع ومالا يحتاج فرجع فيه ما ثبت بالشرع.

مسألة: يجب القطع في سرقة ما يسرع إليه الفساد كاللحم والفاكهة والمرق [٤].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [٥].

لنا: ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «**ليس في شيء من الماشية قطع الا فيما آواه المراح وليس في الشيء من التمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه القطع**»[٦].

---

(١) أخرجه البخاري (٦/٢٤٩٣) ح (٦٤١١).

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/١٦٣)، والطبراني في الكبير (١/٢٨٩) ح (٨٤٩).

(٣) انظر/ الدراية في تخريج الهداية (٢/١٠٨)، نصب الراية (٣/٣٥٦).

(٤) الإفصاح (٢/٢٠٥)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المدونة الكبرى (٤/٤١٨)، حاشية الدسوقي (٤/٣٣٤)، روضة الطالبين (١٠/١٢١)، مغني المحتاج (٤/١٦٢)، المغني (١٠/٢٤٢)، المحرر في الفقه (٢/١٥٦).

(٥) الإفصاح (٢/٢٠٥)، انظر: بدائع الصنائع (٧/٦٧- ٦٨)، الهداية (٢/٤٠٩- ٤١٠).

(٦) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/٢١٠) ح (٨٢٧)، والحاكم في مستدركه (٤/٤٢٣) ح =

فإن قيل: أراد إذا جفف في الجرين.

قيل: بل أراد ما أحرز لأن المعلق غير محرز ولهذا ذكره مع المراح في الماشية، ولأنه أوجب فيه وهو ثمر ولأنه أودع مال فجاز أن يقطع بسرقته كسائر الأموال، ولأن القطع لصيانة المال وهذا كغيره ولأن الرطب أشهى من التمر فهو إلى الردع أحوج، ولأن وجب القطع في يابسه فوجب في رطبه كالقز.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**لا قطع في ثمر ولا كثر**»(١).

قلنا: أراد به المعلق في البستان من غير حيطان على عادتهم وقد بين ذلك في خبرنا.

قالوا: تافه فأشبه مادون النصاب.

قلنا: لا نسلم أنه تافه بل هو مال مرغوب فيه، وما دون النصاب لا يقصد سرقته وهذا يقصد.

قالوا: معرض للهلاك فهو كما ليس بمحرز.

قلنا: بل هو معرض للاستصلاح، ثم يبطل بالبهيمة المدنفة والثياب المدفونة في المواضع الندية، وما ليس بمحرز مضيع في الحال هذا محفوظ في الحال فهو كالمحرز من الأموال.

مسألة: يجب القطع في الصُيود والطيور والأحطاب والأخشاب (٢).

وقال أبو حنيفة: لا يجب (٣).

لنا: أنه نوع مال يباع ويبتاع فأشبه سائر الأموال، ولأنه نوع مال يرغب في أخذه

=

(٨١٥١)، والبيهقي في الكبرى (٤/١٥٢-١٥٣) ح (٧٤٣٠)، والدارقطني في سننه (٤/٢٣٦) ح (١١٤)، والنسائي في الكبرى (٤/٣٤٤) ح (٧٤٤٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ١٤٦).

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/٢١٠) ح (٨٢٦)، وابن حبان في صحيحه (١٠/٣١٧) ح (٤٤٦٦)، والترمذي (٤/٥٢) ح (١٤٤٩)، والدارمي (٢/٢٢٨) ح (٢٣٠٤)، والبيهقي في الكبرى (٨/٢٦٣)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٣٣٥)، والنسائي في الكبرى (٤/٣٤٤) ح (٧٤٤٨)، وابن ماجة (٢/٨٦٥) ح (٢٥٩٣)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٤٦٣).

(٢) الإفصاح (٢/٢٠٦)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المدونة الكبرى (٤/٤١٨)، حاشية الدسوقي (٤/٣٣٤)، روضة الطالبين (١٠/١٢١)، مغني المحتاج (٤/١٦٢)، المغني (١٠/٢٤٢)، المحرر في الفقه (٢/١٥٦).

(٣) الإفصاح (٢/٢٠٦)، انظر: بدائع الصنائع (٧/٦٧- ٦٨)، الهداية (٢/٤٠٩- ٤١٠).

ويشح في بذله فأشبه سائر الأموال ولأن كل جنس في معموله جاز أن يقطع في غير معموله كالساج والأبنوس، ولأن الباز والصقر والحمام والدجاج كغيرها في الحاجة إلى الصيانة فكان مثلها في القطع.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ**»[1] فجعل له فيه حقا فصار شبهة كقوله أنت ومالك لأبيك.

قلنا: إنما جعل له الحق في المباح منه فأما ما حيز فلا حق له فيه ويخالف مال الابن فإن للأب فيه حق النفقة فصار شبهة.

قالوا: يوجد مباحاً في دار الاسلام مرغوباً عن أخذه فأشبه الماء.

قلنا: لا نسلم أنه مرغوب عن أخذه وفي الماء وجهان ثم ذاك لا يقصد إلى سرقته لكثرته وهذا بخلافه.

قالوا: لا يجب الا في قدر فلا يجب إلا في جنس.

قلنا: هذه دعوى ثم زكاة التجارة والصداق عندهم لا تتعلق إلا بقدر ولا تختص بجنس.

مسألة: يجب القطع في سرقة الكتب.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: أنه نوع مال يباع ويبتاع فأشبه سائر المتاع، ولأنه إذا قطع بسرقته قبل الكتابة فبعده أولى لأنه أغلى ولا حق لله تعالى يقوم العين فيه للنصاب فتعلق بالمصاحف كالزكاة.

قالوا: له في المصحف حق لأنه يجب التعليم منه فهو كمال بيت المال.

قلنا: لاحق له فيه وإنما حقه في التعليم فقط، ومال بيت المال للمسلمين لا يختص به بعضهم وهذا يختص المالك ولهذا يلزم زكاته.

قالوا: لا يقصد به المال فلم يقطع بما فيه من المال كما لو غصب حراً صغير وعليه حلي.

قلنا: بل يقصد به المال ولهذا يباع ويستوي ويضمن ويزكى، وفي الأصل وجهان وإن سلم فلأن هناك لم يزل يد الصبي عما عليه وهاهنا زالت يد المالك.

قالوا: مختلف في جواز بيعه فإن ابن عمر وشريحاً كرها بيعه فصار كالكلب.

---

(١) أخرجه الحارث في مسنده (١/٥٠٨) ح (٤٤٩/البغية).

قلنا: يبطل بجلود الميتة إذا دبغت وما يتخذ من العاج، والكلب نجس العين الغير فلا يقطع به.

مسألة: إذا سرق الحر الصغير وعليه حلي قطع في أحد القولين [١].

وقال أبو حنيفة: لا يقطع [٢].

لنا: أن كل ما قطع فيه إذا سرقه وحده قطع به إذا سرقه مع غيره كما لو كان على عبد.

قالوا: دين عليه ولهذا حكم للمنبوذ بملك ما عليه فأشبه الكبير.

قلنا: إلا أنه بالاستيلاء زالت يده ولهذا يضمنه السارق والكبير لا يتصور سرقته.

مسألة: إذا سرق أبا يساوى النصاب وفيه خمر قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: ما مضى في المسألة قبلها.

قالوا: سرقة جمعت ما يقطع فيه ومالا يقطع فأشبه المال الذي هو شريك فيه.

قلنا: من أصحابنا من لم يسلم الأصل وأن سلم فلأن ذاك له فيه حق وهذا لا حق له فيه.

مسألة: إذا سرق منديلاً لا يساوي النصاب في طرفه دينار وهو لا يصلح قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أن ما قطع فيه إذا سرقه مع العلم بسرقه النصاب قطع وإن جهل كما لو سرق منديلا يساوى نصاباً وعنده أنه لا يساوى نصاباً أو دراهم جياد وعنده أنها زيوف.

قالوا: عين لم يقصد سرقتها فأشبه إذا علقت بثيابه.

قلنا: لما قصد إلى سرقة المنديل فقد قصد إلى سرقة ما يتصل به، ويخالف إذا علقت بثيابه فإنه لا صنع له فيه وهذا بخلافه.

مسألة: إذا سرق صنماً أو طنبوراً رأسيا ومحلولة نصاباً قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أنه يساوى من غير الصنعة النصاب فجاز أن يقطع سارقه كأواني الذهب والفضة.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٠٨)، انظر: مغني المحتاج (١٧٣/٤).

(٢) الإفصاح (٢/٢٠٨)، انظر: الهداية (٤١١/٢).

قالوا: له حق في أخذه للكسر.

قلنا: حقه في الكسر لا في الأخذ.

مسألة: إذا نقص قيمة المسروق لم يسقط القطع.

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: أنه شرط في وجوب القطع زال بعد وجوبه لا يقدح في الوجوب فلا يسقط أصله إذا خرب الحرز، أو نقصان تعلق بالمسروق حدث بعد وجوب القطع فلا يسقط كنقصان العين.

فإن قيل: بنقصان العين لا بنقص النصاب.

قيل: إلا أنه يصير في الذمة وكما لا يقطع في غير نصاب لا يقطع فيما [....][1].

قالوا: كل معنى لو قارن ابتداء الفعل أسقط الحد فإذا طرأ بعده منع الاستيفاء كرجوع الشهود وفسقهم وزنا المقذوف.

قلنا: إحصان الزاني في الابتداء يمنع وجوب حد غير المحصن ولا يمنع الاستيفاء والرجوع والفسق وزنا المقذوف يورث شبهة في الوجوب وهذا لا يورث شبهة في الوجوب فهو كخراب الحرز.

مسألة: إذا وهب المسروق من السارق لم يسقط القطع.

وقال أبو حنيفة: يسقط.

لنا: ما روى أن رجلا سرق رداء صفوان فأمر النبي ﷺ بقطعه. فقال: صفوان يا رسول الله إني لم أرد هذا هو عليه صدقة وروي هو هبة فقال ﷺ «**فهلا قبل أن تأتيني به**»[2]، فلو سقط بالملك لندبه إلى القبض لأن الحد مجتهد في إسقاطه ولأنه معنى حدث بعد وجوب القطع لا يقدح في الوجوب فلا يمنع الاستيفاء كرد العين ونقصانها ولأنه حد يجب بإيقاع فعل في العين فلا يسقط بملك العين كما لو زنا بجارية ثم ملكها.

فإن قيل: لأن المنفعة التي يتعلق بها الحد لم يملكها وهاهنا العين التي تعلق بها الحد ملكها.

قيل: الحد لم يتعلق بالعين وإنما تعلق بالفعل الذي أوقعه في العين وهو الإخراج ولم يملك ذلك كما لم يملك الفعل الذي تعلق به حد الزنا وهو الإيلاج.

---

(١) كلمة غير مقروءة بالأصل.

(٢) عزاه الحافظ ابن حجر لأبي داود، والحاكم والنسائي وأحمد، وابن ماجة، انظر/ الدراية (١١١/٢).

قالوا: من شرط القطع الخصومة وقد زالت.

قلنا: ليست بشرط وإن سلمنا فإنما هي شرط لإظهار السرقة وقد وجد ذلك ولأن الخصومة زالت برد العين ثم يقطع.

قالوا: لو قطعنا في ملكه .

قلنا: بل نقطعه بسرقته وهو ليس في ملكه.

مسألة: إذا قطع في عين ثم سرقها قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: هو أنه فعل يوجب الحد فتكرره في عين كمتكرره في عينين كالزنا ولأن تكرر السرقة في عين كتكرره في عينين كما لو سرقه من غيره أو سرق غزلا فنسج ثم سرقه.

قالوا: حد لا يستوفى إلا بخصومة فلا يتكرر على واحد في عين واحدة كحد القذف.

قلنا: القطع يستوفى من غير خصومة في قول أبي إسحق ثم القذف الثاني تكرار للأول وقد ثبت كذبه فيه فلا يحتاج إلى الحد كما لو قذف طفلاً في المهد وقذف أهل بغداد والسرقة الثانية غير الأولى فوزانه أن يقذف بزنا آخر.

قالوا: سرقة واحدة في عينين لا توجب قطعين فكذلك سرقتان في عين واحدة.

قلنا: لأن سرقة العين الثانية تحصل قبل القطع فهو كسرقتين في عين واحدة قبل أن يقطع في الأولى وهاهنا حصلت السرقة فوجب لها القطع ولأن السرقة الواحدة في عينين من اثنين لا توجب قطعين والسرقتان في عين واحدة عن اثنين توجبان قطعين.

قالوا: لو تلف العين عنده بعد القطع لم يضمن عندنا فصار ذلك شبهة.

قلنا: إلا أنه بالرد زال ذلك ثم يبطل بسرقة ما كان عنده وديعة.

مسألة: يجب القطع على النبّاش بسرقة الكفن [1].

وقال أبو حنيفة: لا يجب [2].

لنا: ما روى البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال: «**من غرق غرقناه ومن حرق**

(١) الإفصاح (٢/٢٠٨)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر المدونة الكبرى (٤/٤١٩)، مغني المحتاج (٤/١٦٩)، المغني (١٠/٢٦٨).

(٢) الإفصاح (٢/٢٠٨)، وانظر: الهداية (٢/٤١٢).

حرقناه ومن نبش قطعناه»[1] ولأنه حكم يتعلق بأخذ كسوة الحي فجاز أن يتعلق بسرقة الكفن كالضمان ولأنه نصاب محرز فحرز سرقه من لا شبهة له فيه وهو من أهل القطع فأشبه غير الكفن عين وليس للميت عين ولهذا لا يسمى سارقاً وإنما يسمى مختفياً فهو كالغصب.

قلنا: بل هو سرقة لأنه يسارق فيه عيون الناس كالسارق في مال الحي ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها سارق موتانا كسارق أحيائنا وتسميته باسم آخر لا يمنع كونه سارقاً كالطراز والنقاب ويخالف الغصب فإنه يأخذه مجاهرة فيرد بالاستغاثة وهذا بخلافه.

قالوا: المأخوذ ناقص المالية لأنه معد للبلى والهلاك فهو كما لا قيمة له أو كما دون النصاب

قلنا: بل هو مال نفيس مثمن وهو معد للستر وإن كان يبلى كثياب الحي، ثم يبطل بالثياب المدفونة في السراديب وما لا قيمة له ودون النصاب لا يحتاج إلى الزجر عنه بالقطع وهذا بخلافه.

قالوا: القبر ليس بحرز لأن الحرز إنما يكون بحافظ أو بإغلاق ولهذا لا يكون حرزا لغيره فصار كالمطروح على الطريق.

قلنا: بل هو حرز للكفن والمرجع في الحرز إلى العادة والعادة أن يحفظ الكفن في القبر ولهذا قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الأَرْضَ كِفَاتاً * أَحْيَاءً وَأَمْوَاتاً﴾ (المرسلات:٢٥، ٢٦)، ولهذا لا يعد من ترك الكفن في القبر مفرطاً ولو ترك فيه غيره أو طرح على الطريق عُدَّ مفرطاً.

قالوا: لا مالك له لأن الميت لا يملك لأن الموت يزيل الملك والوارث لا يملك لأنه لو ملك لملك إبداله فصار كمال بيت المال.

قلنا: من أصحابنا من قال هو للميت والموت إنما يزيل الملك عما لا تستغرقه حاجته ولهذا لو افترسه سبع قسم بين الورثة ومنهم من قال هو للوارث وإنما لم يملك إبداله لما فيه من هتك الميت، ثم المبيع بشرط الخيار للمشتري لا مالك له معين ويقطع فيه، ويخالف مال بيت المال لأنه بجماعة من المسلمين وللسارق فيه شبهة وهذا لا شبهة له فيه.

قالوا: من لا يضمن أطرافه لا يقطع سارقه كالحربي.

---

(١) عزاه الحافظ ابن حجر للبيهقي. انظر/ الدراية (٢/٢٦٦).

قلنا: لا يضمن أطرافه لأنه بطلت منافعها فهو كالأشل لا يضمن طرفه ويقطع سارق كسوته والحربي ماله مباح وهذا محرم كمال الحي ولهذا لا يضمن مال الحربي ويضمن الكفن.

مسألة: إذا سرق من الحمام قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أنه محرز بحافظ فأشبه إذا سرق من دكانه شيئاً.

قالوا: مأذون له في الدخول من جهة الآدمي فأشبه إذا أضافه فسرق من بيته.

قلنا: ذاك ليس بسرقة وإنما هو خيانة لأنه لم يحرزه عنه وهذا محرز بالحافظ فهو كما لو سرق منه في مسجد.

مسألة: إذا أخرج النصاب من الحرز ولم يدخله أو طرَّ جيباً فوقع منه نصاب وأخذه قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أنه أخرج النصاب من الحرز فأشبه إذا أدخل يده في كمه فأخرج منه.

قالوا: لم يهتك الحرز بالدخول فأشبه إذا وقع النصاب فأخذه.

قلنا: يبطل به إذا أدخل يده في الكم والمعنى في الأصل أنه لم يخرج بفعله وهاهنا خرج بفعله.

مسألة: إذا نقب الحرز ودخله ورمى بالنصاب إلى خارج ثم خرج فأخذ أو علق في الحرز أو ناول شريكاً معه قطع.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: هو أنه أخرج النصاب من الحرز فأشبه إذا خرج والنصاب به أو رماه إلى خارج الحرز وخرج وأخذه.

قالوا: لم يخرج ويده داخل النصاب بنصاب فأشبه إذا أتلفه في الحرز.

قلنا: لأن هناك لم يخرج [..........][1] الحرز وهاهنا أخرجه.

مسألة: إذا سرق جوالقا على جمل يساق قطع [2].

---

(١) بياض في الأصل.

(٢) الإفصاح (٢/٢١١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: مغني المحتاج (٣/٢٧٨)، المغني والشرح الكبير (١٠/٢٥٢).

وقال أبو حنيفة: لا يقطع [١].

لنا: أنه محرز يحافظ فأشبه إذا سرق من بين يديه أو سرق من الجوالق.

قالوا: سرق الحرز فأشبه إذا سرق باب الدار.

قلنا: بل سرق المحرز لأن الجوالق محرز بالسائق والأصل غير مسلم.

مسألة: إذا أعاره أرضا ثم سرق منها ومات المستعير قطع في أحد الوجهين.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أنه محرز عنه فأشبه إذا آجره، ولأن ما قطع بالسرقة منه إذا أجره قطع إذا أعاره كالقميص.

قالوا: يملك الرجوع فيه.

قلنا: يبطل بالقميص ولأنه يملك الرجوع بالقول لا بالسرقة.

مسألة: إذا سرق المغصوب من الغاصب لم يقطع في أحد الوجهين [٢].

وقال أبو حنيفة: يقطع [٣].

لنا: أنه حرز يجب هتكه فأشبه حرز السارق.

قالوا: له يد صحيحة كيد المالك.

قلنا: ذاك لا يجب هتكه وهذا يجب هتكه.

مسألة: يقطع الأخ بسرقة مال الأخ [٤].

وقال أبو حنيفة: لا يقطع [٥].

لنا: هو أنه قرابة لا تجب بها النفقة مع اختلاف الدين فأشبه قرابة بني العم أو قرابة لا يتعلق بها رد بالشهادة فأشبه ما ذكرنا.

قالوا: قرابة يجب بها النكاح فأشبه قرابة الولد.

قلنا: الرضاع يحرم به النكاح ولا يمنع القطع، وقرابة الولد يتضمن بعضه ولهذا ترد

---

(١) الإفصاح (٢/٢١١)، انظر: الاختيار (٢٩٥).

(٢) الإفصاح (٢/٢١١)، ووافق الشافعية أحمد انظر: مغني المحتاج (٤/١٦١)، المغني والشرح الكبير (١٠/٢٨٢).

(٣) الإفصاح (٢/٢١١)، بدائع الصنائع (٧/٨٠).

(٤) الإفصاح (٢/٢١٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: بداية المجتهد (٢/٤٥١)، مغني المحتاج (٤/١٦٢)، المغني والشرح الكبير (١٠/٢٨٦).

(٥) الإفصاح (٢/٢١٠)، انظر: الهداية (٢/٤١٣).

الشهادة بخلافه هذا ولأن تلك القرابة تجلب محرمية وهذه القرابة لا تجلب محرمية.

قالوا: ورد الشرع بجواز دخول داره بدليل قوله تعالى: ﴿وَلا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتاً فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (النور: من الآية٦١) فأوجب ذلك شبهة كقوله أنت ومالك لأبيك.

قلنا: الشرع ورد بدخوله بيته بالإذن لأن بغير الإذن لا يجوز فلم يصر شبهة كبيت الصديق والأجنبي ويخالف قوله أنت ومالك لأبيك لأنه أوجب له بهذا حقاً في ماله فصار شبهة.

مسألة: إذا سرق أحد الزوجين من الآخر ففيه أقوال أحدها يقطع والثاني لا يقطع والثالث يقطع الزوج دونها.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع واحد منها ولا الأختان ولا الأصهار.

لنا: أنه عقد يقصد به المنفعة فلا يتضمن سقوط القطع كالإجارة، ولأنه لا شبهة للأختين والأصهار فهم كالأجانب.

قالوا: للزوجة شبهة بالنفقة فهو كالوالد.

قلنا: النفقة تجب على وجه العوض فلا توجب شبهة كالأجرة والثمن والوالد تجب له النفقة بحكم البعضية.

قالوا: يبسط كل واحد منهما في مال الآخر كالشريكين.

قلنا: لا نسلم بل مال كل واحد منهما محرز عن الآخر بالأغلاق، والشريكان مال كل واحد منهما غير محرز عن الآخر فيما يأخذه ليس بسرقة وهاهنا بخلافه.

قالوا: يملك وطأها فأشبه الأمة.

قلنا: الأمة ماله فلا يقطع بسرقة ماله ولهذا لا يستحق عليها الضمان بخلاف الزوجة.

مسألة: يقطع المسلم بسرقة مال المستأمن [1].

---

(١) الإفصاح (٢/٢١٤)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المدونة الكبرى (٤/٤١٧)، المغني =

وقال أبو حنيفة: لا يقطع استحساناً [١].

لنا: أن من وجب ضمان ماله جاز أن يجب القطع بسرقة ماله كالذمي.

قالوا: ماله مباح له وإنما تأجل فلم يحد بسببه كالزوج إذا وطئ امرأته الحائض.

قلنا: لو كان مباحاً ضمنه، والزوج وطئ في ملكه فلم يحد ولهذا لو وطئ من تأكد تحريمها عليه كأخته من الرضاع بملك اليمين لم يحد ومال المستأمن ليس في ملكه فهو كمال الذمي.

مسألة: يقطع المستأمن بالسرقة في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: أن من لزمه حد القذف لزمه حد السرقة كالمسلم والذمي.

قالوا: حد لله تعالى فأشبه حد الزنا.

قلنا: إلا أنه يجب لصيانة حق الآدمي ولهذا لا يستوفى إلا لمطالبته فهو كحد القذف بخلاف حد الزنا فإنه خالص لله لا يتعلق بحق الآدمي.

مسألة: يقطع السارق في الدفعة الثالثة والرابعة يده اليسرى ورجله اليمنى.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

لنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال في السارق «**اقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله**» [٢]، وروى جابر أن النبي ﷺ أتى بسارق فقطع يده ثم أتى به فقطع رجله ثم أتى به فقطع يده ثم أتى به فقطع رجله.

فإن قيل: فقد أتى به في الخامسة فقتله.

قيل: القتل يبيح وبقي الباقي، ولأنه يد ذات بطش، أو يد تقطع قوداً فأشبه اليمين، ولأنه يقع استيفاء الحد بقطعه فأشبه اليد اليمنى.

قالوا: روي عن علي عليه السلام أنه قال: إني لأستحي من الله أن أدعه وليس له يد يأكل بها ورجل يمشي بها فضربه وحبسه.

قلنا: روي أن رجلاً سرق على عهد أبي بكر رضي الله عنه مقطوعة يده ورجله فأراد أبو

= والشرح الكبير (١٠/٢٨٠- ٢٨١)، مغني المحتاج (٤/٣٧٥).

(١) الإفصاح (٢/٢١٤)، (٢/٢١٤)، انظر: بدائع الصنائع (٧/٧١).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/١٨١) برقم (٢٩٢)، وانظر/ التلخيص الحبير (٤/٦٨).

بكر أن يقطع رجله ويدع يده يستطيب بها ويتطهر فقال عمر: لا والذي نفسي بيدي لتقطعن يده الأخرى فأمر به أبو بكر فقطعت يده.

قالوا: لو قطع ذلك لقطع في المجاز به في الدفعة الأولى كاليد اليمنى والرجل اليسرى.

قلنا: إنما قطعنا من المحارب لأنه أخذ المال وأخاف السبيل فقطع يده بالمال ورجله بإخافة السبيل والسارق لم يوجد منه أخذ المال فكفاه قطع اليد.

قالوا: لو كان تقطع اليد اليسرى لم يعدل عنها في الدفعة الثانية إلى الرجل لأنه من جنس اليمين كما قلنا في الوضوء.

قلنا: إنما عدل إلى الرجل لأنه يتناول باليد اليمنى ويستعين بالرجل اليسرى فبدئ به للجمع بين المنفعتين.

قالوا: إذا قطع اليدان بطلت منفعة الجنس فيصير كما لو قتله.

قلنا: لا يصير كما لا يصير بقطع اليد والرجل ثم يبطل بقطعهما في القصاص.

مسألة: إذا قطع يسراه عمداً لم يجزه عن اليمين.

وقال أبو حنيفة: يجزيه.

لنا: هو أنه قطع غير الواجب فلم يجز كما لو قطع أذنه.

قالوا: اليسار محل للاجتهاد فوقع الموقع كالإمام إذا أخطأ في موضع الاجتهاد.

قلنا: هو موضع الاجتهاد في الدفعة الثالثة ويخالف الأصل فإنه اجتهد من له الاجتهاد في موضع الاجتهاد، وهاهنا تعمد الخطأ من ليس من أهل الاجتهاد في غير موضع الاجتهاد.

مسألة: إذا أقر العبد بسرقة مال في يده قطع وسلم المال إلى المولى في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يسلم إلى المسروق منه.

لنا: هو أنه أقر بما يوجب القطع والمال فقبل في القطع دون المال كما لو قال قطعت يد فلان وأخذت منه هذا المال.

قالوا: لو كان المال للمولى لم يقطع في ماله.

قلنا: تبعض حكم إقراره فقبل في القطع دون المال كما لو شهد رجل وامرأتان بسرقة مال.

مسألة: إذا شهد شاهد أنه سرق ثوباً مروياً وشهد آخر أنه سرق ثوباً هروياً أو شهد أحدهما أنه سرق كبشاً أبيض وشهد آخر أنه سرق كبشاً أسود لم يقطع.

وقال أبو حنيفة: يقطع.

لنا: هو أنه لم يتم شهادتهما على سرقة عين واحدة فأشبه إذا شهد أحدهما أنه سرق حماراً وشهد الآخر أنه سرق بغلاً أو شهد أحدهما أنه سرق ذكراً وشهد الآخر أنه سرق أنثى.

قالوا: يمكن تصديق الشاهدين بأن يقدر أحدهما أنه هروي والآخر أنه مروي ويرى أحدهما الجانب الأبيض والآخر الجانب الأسود فلا يطرح.

قلنا: هذا تكذيب لهما لأن الهروي غير المروي والأبيض غير الأسود ولأن مثل هذا يمكن في الذكر والأنثى والبغل والحمار، ولأن قوله أبيض وأسود يقتضي أن جميعه أبيض وجميعه أسود فصار كما لو قال أحدهما جميعه أبيض والآخر قال جميعه أسود.

مسائل قطاع الطريق

مسألة: إذا قتل المحارب وأخذ المال قتل وصلب [١].

وقال أبو حنيفة: إن شاء اقتصر على القتل وإن شاء قتله وصلبه وإن شاء قطع يده ورجله وقتله [٢].

لنا: أن الصلب حد يجوز في حق الله تعالى فلم يجز تركه كسائر الحدود، ولأن القطع عقوبة يجوز تركها فلم يكن حداً لله عز وجل كالقطع فيما دون النصاب.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿**أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ**﴾ (المائدة: من الآية٣٣).

قلنا: المراد به على التخيير روي عن ابن عباس رضي الله عنه إذا أخذوا المال وقتلوا قتلوا وصلبوا وإن قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم ونفوا إذا هربوا أن يطالبوا ليقام عليهم الحد، ولأنه لو كان المراد به التخيير لتخير بين القتل وبين قطع اليد والرجل كما اقتضى الظاهر.

قالوا: وجد سبب قطع اليد والرجل فأشبه إذا انفرد.

قلنا: فلا يتخير فيه كما إذا انفرد.

قالوا: القطع هو الأصل في أخذ المال فَضمُّهُ إلى القتل أولى.

---

(١) الإفصاح (٢/٢١٥، ٢١٦)، ووافق الشافعية أحمد، انظر: مغني المحتاج (١٨١/٤)، المغني والشرح الكبير (٣١٢/١٠).

(٢) الإفصاح (٢/٢١٥)، انظر: الاختيار (٣٠٦/٣).

قلنا: إذا كان هو الأصل لم يجز أن يجعل تابعاً لغيره، ولأن القصد ردع غيره والصلب أردع فضمّه إليه أولى.

مسألة: الصلب بعد القتل ثلاثاً.

وقال أبو حنيفة: يصلب حياً ثم يفتح بطنه برمح حتى يموت.

لنا: قول ﷺ «**إذا قتلتم فأحسنوا القتلة**»(١)، وروي أنه نهى عن تعذيب الحيوان، ولأن القصد ردع الغير فكان صلبه ثلاثاً أبلغ.

قالوا: لا يحسن بالصلب بعد القتل فلا يرتدع به كما لو مات حتف أنفه.

قلنا: القصد ردع الغير وإذا مات يصلب فلا يسلم.

قالوا: فيما قلتم تأخير دفنه.

قلنا: وفيما قلتم تعذيب الحيوان.

مسألة: النفي المذكور في الآية أن يطلب ليقام عليه الحدود (٢).

وقال أبو حنيفة: هو أن يخيف السبيل ولم يفعل غيره فيحسن (٣).

لنا: قول ابن عباس ولأن النفي هو الإبعاد والحبس إقرار.

قالوا: إذا حمل على ما قلتم لم يكن في الآية حكم من أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ المال.

قلنا: ذاك لا حد عليه والآية نزلت لبيان الحد.

قالوا: إذا حمل على الطلب انتفى من أرض فقطع الطريق في سائر الأراضي.

قلنا: يطلبه أبداً فلا يدعه يقر في أرض.

مسألة: إذا قطع الطريق في المصر أقيم الحد عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يقام.

لنا: عموم الآية ولأنه معصية توجب الحد فاستوى فيها المصر وغيره كسائر المعاصي ولأن القطع في المصر أعظم في الهتك فهو بالحد أليق.

قالوا: يلحقه الغوث فأشبه الغاصب والقاتل.

قلنا: الكلام في موضع يستولى المحارب فلا يلحق الغوث، والمعنى في الأصل أنه لم

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٤٨/٣) ح (١٩٥٥).

(٢) الإفصاح (٢١٦/٢)، وانظر: مغني المحتاج (١٨١/٤).

(٣) الإفصاح (٢١٦/٢).

يحصل بذلك إخافة السبيل فإنه مقهور بالسلطان والرعية وهذا بخلافه.

مسألة: المرأة كالرجل في حد المحاربة.

وقال أبو حنيفة: لا يجب عليها.

لنا: هو أنها معصية توجب الحد على الرجل فأوجبت على المرأة كالزنا والسرقة.

قالوا: ليست من أهل القتال فهي كالصبي.

قلنا: ذاك ليس من أهل الحدود وهذه من أهل الحدود فهي كالرجل.

مسألة: إذا كان في قطاع الطريق أب أو ابن للمقطوع عليهم لم يسقط الحد.

وقال أبو حنيفة: يسقط من الجميع.

لنا: أنه شبهة يختص بها واحد فلا يسقط الحد من الباقين كالشركاء في وطء امرأة.

قالوا: الجماعة كالنفس الواحدة فإذا سقط عن بعضهم سقط عن الباقين.

قلنا: لا نسلم أنهم كالنفس الواحدة.

مسألة: لا يجب على رد قاطع الطريق والسارق ما يجب عليهما.

وقال أبو حنيفة: يجب.

لنا: ما روى عثمان أن النبي ﷺ قال: «**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان وقتل نفس بغير حق**»(١).

فإن قيل: روت عائشة: «لا يحل قتل مسلم إلا بثلاث خصال زان محصن فيرجم ورجل يقتل متعمداً فيقتل به ورجل يخرج من الإسلام فيحارب الله ورسوله فيقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض»(٢).

قلنا: يرويه إبراهيم بن طهمان ولا يحتج به، ولأنه حد يجب بمعصية فوجب على المباشر دون الرد كسائر الحدود ولأن من لم يأخذ المال لم يجب عليه القطع كما لو دخل أحدهما الحرز ووقف الآخر خارج الحرز ولأن السبب والمباشرة اجتمعا والسبب غير ملح وتعلق الضمان بالمباشرة فلم يتعلق بالسبب كالقاتل والممسك والحافز والدافع.

قالوا: حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الرد والمباشر كالغنيمة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٢١/٦) ح (٦٤٨٤)، ومسلم (١٣٠٢/٣) ح (١٦٧٦).

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤٠٨/٤) ح (٨٠٩٥) وصححه، والدارقطني في سننه (٨١/٣)، والنسائي في الكبرى (٢٩٩/٢) ح (٣٥١١)، وابن الجوزي في التحقيق (٣٠٩/٢) ح (١٧٥٥).

قلنا: لا يتعلق بالمحاربة بل يتعلق بالقتل والأخذ ولأن الغنيمة يشارك فيها من لم يحضر وهم أهل الخمس والمدد عندهم، ولأن استحقاق الغنيمة علق على الحضور وهاهنا علق على القتل فاختص بها والقاتل كالسلب ولأن الغنيمة تشريف ونعمة وهذا تنكيل ونقمة فلم يعتبر أحدهما بالآخر.

قالوا: لم يفعل المباشر إلا بظهر الرد.

قلنا: الغاصب لم يعصب إلا بظهر الأعوان ثم يختص بالضمان والداخل إلى الحرز لم يأخذ إلا بظهر الواقف خارج الحرز ثم لا يشاركه في الحد.

مسألة: إذا قطع وقتل قطع وقتل وهل يتحتم القطع فيه قولان.

وقال أبو حنيفة: يسقط القطع.

لنا: أنه قصاص وجب في غير المحاربة فوجب في المحاربة كالقصاص في النفس ولأنهما حقان يجبان بسببين مختلفين فلم يتداخلا كحد الزنا والسرقة.

قالوا: لو وجب لكان لله تعالى وحقوق الله تعالى تتداخل.

قلنا: بل هو للآدمي وإن تأكد بحق الله كالعدة، ثم حقوق الله تعالى تتداخل إذا كانت جنساً واحداً والقطع جنسان فهو كحد الزنا والسرقة.

مسألة: إذا وجبت حدود مع القتل في المحاربة لم تسقط الحدود.

وقال أبو حنيفة: تسقط إلا حد القذف.

لنا: أنه حد فلم يسقط بالقتل في المحاربة إلى غير بدل كحد القذف ولا يلزم قطع اليد والرجل في أخذ المال لأنه يسقط إلى بدل.

قالوا: الحد للردع فلا يحتاج إليه مع القتل.

قلنا: يردع به غيره ولأنه يبطل بالصلب وبالحد بعد التوبة.

مسألة: إذا اجتمع حد القذف والزنا والسرقة والشرب قدم حد القذف على حد الزنا والسرقة وفي الشرب وجهان أحدهما يقدم على حد القذف والثاني يؤخر عنه [١].

وقال أبو حنيفة: يقدم حد القذف ويؤخر حد الشرب ويتخير في حد الزنا والسرقة[٢].

لنا: أن حد الشرب أسلم من حد الزنا والسرقة تقام عليهما كحد القذف.

---

(١) الإفصاح (٢/٢١٧، ٢١٨)،مغني المحتاج (٤/١٨٥).

(٢) الإفصاح (٢/٢١٧، ٢١٨)، انظر: الاختيار (٣/٣٠٧- ٣٠٨).

قالوا: حد القذف يتعلق بحق الآدمي فقدم وحد الزنا والسرقة منصوص عليهما فتخير فيهما وحد الشرب غير منصوص فأخر.

قلنا: وإن نص عليهما إلا أن أحدهما أخف فقدم كحد القذف وحد الشرب وإن لم يكن منصوصاً عليه إلا أنه مجمع عليه فهو كالمنصوص عليه ثم فيما قلناه جمع بين المنصوص وغيره وفيما قالوه إسقاط بعضه.

مسألة: إذا قتل الأب ابنه في المحاربة قتل به في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يقاد به.

لنا: هو أنه تعمد قتل آدمي محقون لحرمته فلزمه القود كما لو قتل غيره.

قالوا: لا يقتل به إذا قتله في غير المحاربة فكذلك في المحاربة كما لو أخطأ.

قلنا: المحاربة أغلظ لأنه يتحتم بها القتل والمخطئ لا يستحق العقوبة والمتعمد يستحق.

مسألة: يسقط حد الزنا والسرقة والشرب بالتوبة.

قال الشاعر:

بــئس الصحاة وبئس الشرب شربهم ... إذا جــرى فــيهم المزاء والسكر [1]

ونسخ بآية الخمر.

فإن احتجوا بما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب**»[2].

قلنا: هذا يرويه عبد الله بن شداد بن الهاد عن ابن عباس موقوفاً عليه وهو غير صحيح عنه وإن ابن شداد لم يلقه قال أبو القاسم اللالكائي أسند بعض الأشقياء هذا إلى رسول الله ﷺ وكذب والكذاب عليه متوعد بالنار ولو صح احتمل أنه أراد حرمت الخمر باسمها وحرمت سائر الأشربة بأنه مسكر ولهذا قال والمسكر من كل شراب.

فإن احتجوا بما روى أبو مسعود البدري أن النبي ﷺ عطش وهو بطواف فأتي بنبيذ من نبيذ السقاية فلما أشمه قطب فقال رجل أحرام هو قال: «**لا عليّ بذنوب من ماء**

---

(١) البيت للأخطل عزاه الشيخ الأصفهاني في الأغاني (٦٨/١١).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٩٧/٨)، والدارقطني في سننه (٢٥٦/٤) برقم (٥٦)، والنسائي في الكبرى (١٨٠/٤) ح (٦٧٧٨)، والطبراني في الكبير (٣٣٨/١٠) ح (١٠٨٣٧).

زمزم» فصبه عليه فشرب [١]، روى ابن عمر قال رأيت رسول الله ﷺ عند هذا الركن فأتاه رجل بقدح فيه نبيذ فرفعه إلى فيه فقطب ما بين عينيه ورده [٢].

فقال: يا رسول الله أحرام هو.

قال: «**لا**»، وقال: «**إن هذه الأوعية تغتلم فما عليكم منها ما كسروها بالماء**».

قلنا: حديث أبي مسعود رواه عبد العزيز بن أبان واليسع بن زيد بن حباب ويحيى بن يمان عن سفيان عن منصور عن خالد بن سعد عن ابن مسعود وعبد العزيز متروك واليسع ضعيف ويحيى بن يمان وهم في هذا الحديث والمحفوظ بهذا الإسناد أبي مسعود أنه كان يشرب نبيذ الجرّ، فأما حديث الطواف فإنه يرويه الكلبي عن أبي صالح عن المطلب بن أبي وداعة مرسلاً والكلبي لا يحتج به وحديث ابن عمر يرويه عبد الملك بن نافع ابن أخي القعقاع بن شور قال يحيى قال قرة العجلي عبد الملك ضعيف لا شيء وقال أبو حاتم شيخ مجهول لم يرد إلا حديثاً واحداً قال البخاري لم يتابع على حديثه ولأن نبيذ السقاية كان تقيعاً وهو محرم، ولأنه يحتمل أنه ينقلب لحموضته.

فإن احتجوا بما روى بريدة أن النبي ﷺ قال: «**الظروف لا تحرم شيئاً فاشربوا ولا تسكروا**»[٣].

قلنا: تفرد به أبو الأحوص والصحيح ما رواه مسلم في صحيحه أنه قال: «**إن الظروف لا تحرم شيئاً فاشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً**»[٤].

قالوا: روى ابن عباس قال كان نبيذ رسول الله ﷺ الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد إلى مساء الثالث ثم يأمر به فيسقى الخدم ويهراق [٥].

قلنا: لم يكن مسكراً فإن هذا القدر لا يسكر وإنما أمر أن يسقى الخدم إذا نقصت حلاوته ولهذا أمر بإراقته بعد ذلك خوفاً من أن يشتد، ولأن ذلك كان نقيعاً ولا يحل

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٣/٤) برقم (٨٥)، وابن الجوزي في التحقيق (٣٧٣/٢-٣٧٤) ح (١٩٩٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٧٧٩/١٦) ح (٧٢٠٣)، والبيهقي في الكبرى (٣١١/٨)، والإمام أحمد في مسنده (٣٥٦/٥) ح (٢٣٠٦٦)، وأبو يعلى في مسنده (٢٤٣/١٢-٢٤٤) ح (٦٨٤٩).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣٥٦/٥) ح (٢٣٠٦٦)، والروياني في مسنده (٦٢/١) ح (٣).

(٥) أخرجه مسلم (١٥٨٩/٣) ح (٢٠٠٤).

مسكر النقيع.

قالوا: روي عن ابن مسعود قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم.

قلنا: أراد به نبيذ الحرب فإنه كان قد حرم ثم نسخ.

قالوا: روي عن عمر أنه قال إنا نشرب هذا النبيذ الشديد ليقطع لحوم هذه الإبل في بطوننا وقال ابن عباس إن أسكرك عشرة فاشرب تسعة وإن أسكرك تسعة فاشرب ثمانية ولا تسكر.

قلنا: قد روي في حديث عمر أنه دعا بعس من نبيذ قد كاد أن يصير خلا فشرب (١) فدل على أنه كان حُلواً وسئل ابن عمر عن النبيذ الذي كان يشربه عمر فقال كان شديد الحلاوة وحديث ابن عباس يرويه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس والكلبي كذاب متروك الحديث غالٍ في التشيع ولم يسمع من أبي صالح وشهد على نفسه بذلك وقد روى عشرة عن ابن عباس ما أسكر كثيره فقليله حرام منهم عطاء وطاوس ومجاهد.

قالوا: لو كانت هذه الأنبذة محرمة لكان بيانها أولى من بيان الخمر فإن النبيذ كان عندهم والخمر مجلوبة إليهم.

قلنا: الأنبذة من جملة الخمر فدخلت في تحريمها ولأن نقيع التمر أيضاً كان عندهم ولم يبين كما بين الخمر.

قالوا: لما وعد بالخمر في الجنة وجب أن يكون من جنسها ما هو مباح ليكون أبلغ في الترغيب.

قلنا: إنما رغب قوماً عرفوا ذلك بعضهم بالشرب وبعضهم بالخبر ولأن الترغيب فيما لم يعرف أبلغ ولهذا قال ﷺ: «**فيها مالا عين رأت**»(٢).

مسألة: حد الخمر أربعون (٣).

وقال أبو حنيفة: ثمانون (٤).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٧٩) ح (٢٣٨٧٦).

(٢) أخرجه البخاري (٣/١١٨٥) ح (٣٠٧٢)، ومسلم (٤/٢١٧٤) ح (٢٨٢٤).

(٣) الإفصاح (٢/٢٢٠)، ووافق الشافعي أحمد (في رواية) انظر: مغني المحتاج (٤/١٧١)، المغني والشرح الكبير (١٠/٣٣١- ٣٣٤- ٣٣٩).

(٤) الإفصاح (٢/٢٢٠)، ووافق الأحناف مالك وأحمد (في الرواية الأخرى). انظر: الاختيار (٣/ ٢٨٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/١٠٧٩)، المغني والشرح الكبير (١٠/٣٣١- ٣٣٤- ٣٣٩).

لنا: ما روى أبو ساسان قال لما شهد على الوليد بن عقبة أنه شرب أتي به عثمان فقال لعلي دونك ابن عمك فاجلده.

قال: قم أبا حسن فاجلده.

قال: فيم أنت وذاك قم أنت ولِّ هذا غيرك.

قال: ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت.

فقال: قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعليٌّ يعد فعد أربعين.

فقال: جلد رسول الله ﷺ في الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سُنة، وروى أنس قال أتي رسول الله ﷺ برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحواً من أربعين ثم أتي به أبو بكر فصنع به مثل ذلك ثم أتي عمر فاستشار الناس في الحد فقال ابن عوف أقل الحد ثمانون فضربه ثمانين [١] ولأنه سبب يوجب ضرب الحد فاختص بعدد لا يشاركه فيه غيره كالزنا.

قالوا: روى أبو سعيد الخدري قال: جلد على عهد رسول الله ﷺ في الخمر بنعلين أربعين فلما كان في زمن عمر جعل بدل كل نعل سوطاً [٢].

قلنا: هذا يقتضي أن الجميع كان أربعين.

قالوا: حد للعبد فلم يكن حداً للحر كالخمسين.

قلنا: لا يجوز أن يساوي العبد الحر في حد واحد فأما في حدين فيجوز كما لا يجوز أن يساوي فرض المسافر وفرض الحاضر في الظهر ثم يجوز أن يساوي فرضه في الصبح فرضه في الظهر.

قالوا: إذا وجب الثمانون في حد القذف ففي الشرب أولى لأنه ألذ وإلى المعاصي أدعى.

قلنا: القذف يهتك به عرض الآدمي ويدعو إليه العداوة والحسد فهو إلى الردع أحوج، ولأنه منصوص عليه في القرآن ويقدم على غيره عند الاستيفاء ولا يسقط بقتل المحاربة بخلاف حد الشرب.

قالوا: يجوز أن يضرب ثمانين فدل على أنه حد.

---

(١) أخرجه النسائي (٣/٢٥٠) ح (٥٢٧٦).

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/٣٠٠) ح (٤٤٥٠)، والترمذي (٤/٤٧) ح (١٤٤٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٠٣) ح (٢٨٤١١)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٦٧) ح (١١٦٥٩).

قلنا: يجوز أن يضرب الزاني ثم ليس يحد عندهم ويجوز أن يصلب في المحاربة وتقطع يده ثم يجوز تركه.

مسألة: إذا أقر بشرب الخمر حدّ وإن لم يظهر منه رائحة (١).

وقال أبو حنيفة: لا يحد (٢).

لنا: أنه أقر بحد لم يعلم كذبه فيه وهو من أهل الحد فأشبه إذا ظهرت منه الرائحة، ولأنه سبب يوجب الحد فلم يكن من شرط الإقرار به بقاء أثره كالزنا أو سبب يثبت به الحد عند الحاكم فلم يكن من شرطه بقاء الرائحة كالميتة.

قالوا: للخمر رائحة فإذا أقر من غير رائحة فقد بذل نفسه للحد فلم يحد كما لو قال قطعت يد فلان ويده صحيحة.

قلنا: إنه قد علم بطلان إقراره وهاهنا بخلافه.

مسألة: الختان واجب.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: قوله تعالى: ﴿أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً﴾ (النحل: من الآية١٢٣) وكان إبراهيم ختن نفسه بالقدوم وروي أن النبي ﷺ قال لرجل أسلم: «**ألق عنك شعر الكفر واختتن**»(٣)، ولأنه قطع عضو صحيح من البدن فكان مستحقاً كقطع السارق، ولأنه لو لم يجب لم يجز له كشف العورة.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**الختان سُنة في الرجال مكرمة في النساء**»(٤).

قلنا: يحتمل أنه أراد به الدين كما قال عليّ في الحد وكل سنة.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**عشر من الفطرة: المضمضة والاستنشاق والسواك وإحفاء الشارب وإعفاء اللحية وقلم الظفر وغسل البراجم وحلق العانة ونتف الإبط والختان فجعله فطرة وعده مع السنن**».

---

(١) الإفصاح (٢/٢٢١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: المغني (١٠/٣٣٢)، روضة الطالبين (١٠/١٧٠)، حاشية الدسوقي (٤/٣٥٣).

(٢) الإفصاح (٢/٢٢١)، الاختيار (٤/١٨٩).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١/١٧٢) ح (٨٧١)، وأبو داود (١/٩٨) ح (٣٥٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/١٠) ح (٩٨٣٥)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٤١٥).

(٤) عزاه الحافظ ابن حجر للإمام أحمد والبيهقي. انظر/ التلخيص الحبير (٤/٨٢).

قلنا: الفطرة الدين كما قال الله تعالى ﴿فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا﴾ (الروم: من الآية٣٠) وذكرها مع السنن لا يدل على أنه سنة كما قال تعالى﴿ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ﴾ (لقمان: من الآية١٤) وأحدهما يجب والآخر لا يجب.

قالوا: قطع يقصد به التنظيف حتى لا يجتمع البول في أصله فهو كقلم الأظافر.

قلنا: بل يقصد به تأدية الفرض كغسل الجنابة والتنظيف لا يحتاج إلى الختان لأن البول يجمع في أصله وإن اجتمع إزالة الماء.

كتاب السير

مسألة: من لم تبلغه الدعوة يضمن بدية أهل دينه على المنصوص.

وقال أبو إسحاق: إن كان على دين حق ضمن يديه وسلم وإن كان على دين باطل ضمن بدية مجوسي.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

لنا: أنه محقون الدم لحرمته فكان مضموناً كالذمي ولا يلزم الصبيان والنساء لأن حقهم لحق الغانمين ولأنه إذا ضمن الذمي مع التكذيب فهذا أولى ولأن الإيمان بالرسول قبل العلم لا يجب عليه بالإجماع والإيمان بالله لا يجب أيضاً لقوله عز وجل ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ (الإسراء: من الآية١٥) فلا يسقط ضمانه.

قالوا: كافر لم يعقد له أمان فأشبه الحربي.

قلنا: الشرع عقد له الأمان وعقد الشرع أقوى من عقده والحربي والمرتد مباح الدم ولأن ذاك ترك الإيمان مع العلم وهذا تركه مع الجهل.

مسألة: يقتل الشيخ الفاني والراهب في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يقتل.

لنا: ما روى سمرة أن النبي ﷺ قال: «**اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم**»[1]، ولأنه حر مكلف حربي فجاز قتله في الأسر كالمحارب والشيخ الذي له رأي ولأن كل كفر قتل به غير الراهب قتل به الراهب كالردة.

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/١٤٥) ح (١٥٨٣)، وقال: حسن صحيح غريب، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٩٢)، وأبو داود (٣/٥٤) ح (٢٦٧٠)، والإمام أحمد في مسنده (٥/١٢).

قالوا: روى أنس أن النبي ﷺ قال: «**لا تقتلوا شيخا فانياً ولا طفلاً ولا امرأة**»[1].

قلنا: قاله في غزوة رأى المصلحة في ذلك.

قالوا: ليس من أهل القتال لا لعلة مانعة فأشبه النساء والصبيان.

قلنا: يبطل بالخوار ومن لا يحسن القتال ولأنه كان من أهل القتال وإنما تركه لعذر فهو كالجريح والمريض بخلاف النساء والصبيان فإنهم لم يكونوا من أهل القتال ولأنه يجوز أن يقتل بكفره وإن لم يكن من أهل القتال كالراهب إذا ارتد ثم ترهب والنساء والصبيان أموال الغانمين والشيخ لا يتخذ مالاً فقتل بالكفر.

مسألة: إذا قتل مسلماً تترسن به كافر لزمته الكفارة.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه.

لنا: أنه قتل محقون الدم فلزمته الكفارة كما لو لم يتترسن به، أو قتل محقون الدم بالإيمان فأشبه إذا رمى إلى هدف فأصاب مسلماً.

قالوا: أبيح له رميه فأشبه إذا صال عليه.

قلنا: ما أبيح له رميه وإنما أبيح له رمي المشرك وأمر باجتناب المسلم بخلاف الصائل فإنه مباح رميه.

مسألة: إذا قتل مسلماً في دار الحرب وعلم أنه مسلم لزمته الدية وإن لم يعلم أنه مسلم لم يلزمه الدية.

وقال أبو إسحق إن عينه بالرمي لزمته وإن لم تعينه لم يلزمه، ومن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما: لا يلزمه، والثاني: يلزمه وهو قول ابي حنيفة.

لنا: قوله تعالى ﴿**فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ**﴾ (النساء: من الآية٩٢) ولو وجبت الديّة لذكر كما ذكر في قتل المسلم والذمي ولأنه قتل مأمور به فلا يضمنه بالدية كما لو كان المقتول مسلماً لم يهاجر إلينا.

قالوا: من ضمنه بالبدلاء وعلمه مسلما ضمنه وإن لم يعلمه كالمقتول في دار الإسلام.

قلنا: في دار الإسلام يحرم عليه القتل مع العلم والجهل وفي دار الحرب يحرم عليه القتل مع العلم ويحل له مع الجهل فلا يجوز أن يضمنه.

مسألة: إذا قتل مسلماً لم يهاجر ضمنه بالدية والكفارة.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٩٠)، وأبو داود (٣/ ٣٧) ح (٢٦١٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٤٨٣) ح (٣٣١١٨).

وقال أبو حنيفة: يضمنه الكفارة دون الدية.

لنا: أنه حقن دمه بالإسلام فضمن بالدية كما لو أسلم في دار الإسلام.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ**﴾ (الأنفال: من الآية٧٢).

قلنا: قال أهل التفسير إن المراد به الميراث ونسخ ذلك بآية المواريث.

احتجوا بقوله ﷺ «**أنا بريء من كل مسلم مع مشرك**»[(١)].

قلنا: هذا لا يسقط الضمان كما قال «**من استنجى بعظم أو رجيع دابة فإن محمداً منه بريء**».

قالوا: لم يحرز دمه بالدار فأشبه الحربي.

قلنا: إلا أنه أحرز بالدين والاعتبار بالدين لأن حرمة الدار بالدين ولهذا لو ارتد في دار الإسلام سقط ضمانه اعتبارا بالدين.

مسألة: إذا قتل أسيراً من المسلمين ضمنه.

وقال أبو حنيفة: لا يضمنه.

لنا: هو أنه قهر محظور.

قال: يسقط ضمانه كما لو أسره مسلم.

قالوا: بالقهر صار دمه له.

قلنا: لا نسلم بل دمه كما كان قبل القهر.

مسألة: لا يجوز قتل ما حصل في أيدينا من حيوان الكفار.

وقال أبو حنيفة: يجوز لمغايظتهم.

لنا: أنه حيوان فلا يجوز قتله بمغايظة الكفار كالنساء والصبيان.

قالوا: ما جاز إتلافه للانتفاع جاز لمغايظتهم كالزرع.

قلنا: الإتلاف للانتفاع بحق ولغيره بغير حق فقد فرق الشرع بينهما قال ﷺ «**من قتل عصفورا فما فوقها بغير حقها سأله الله عن قتلها قيل: وما حقها**»[(٢)].

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٣١/٨)، والإمام الشافعي في مسنده (٢٠٢/١)، والنسائي في الكبرى (٢٢٩/٤) ح (٦٩٨٢)، وانظر/ التلخيص الحبير (١١٩/٤).

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٢١٤/١٣) ح (٥٨٩٤)، والدارمي (١١٥/٢) ح (١٩٧٨)، والبيهقي في الكبرى (٨٦/٩)، والإمام الشافعي في مسنده (٣١٥/١)، والنسائي في الكبرى (٣/ =

قال: أن يذبحها فيأكلها ولا يقطع رأسها فيرمي بها والزرع حرمته بالمالك وللحيوان حرمة بنفسه ولهذا لو منع فضل الماء عن الحيوان أثم ولو منع عن الزرع لم يأثم.

مسألة: إذا ظهر الجيش على الدار لم يغنم مال المسلم فيها.

وقال أبو حنيفة: يغنم أرضه ومال الذي في يد حربي.

لنا: أنه مال مسلم فلا يغنم كالأرض التي له في دار الإسلام والمال الذي في يده أو يد ذمي.

قالوا: الحرز يكون باليد والأرض لا يثبت عليها يد فهي كسائر أراضي دار الحرب ويد الحربي كلايد لأنه يجوز أخذ ما فيها فجاز ماله كسائر أموال الحربي.

قلنا: لا نسلم لأنه لا يدله على أرضه ولا نسلم أن الحرز باليد بل الحرز بالإسلام ولهذا روي أن النبي ﷺ حاصر بني قريظة فأسلم ابنا سميّة فأحرز إسلامهما أموالهما وأولادهما الصغار فعلق الإحراز بالإسلام ولهذا لا يجوز أخذ ما ضاع من المسلم وإن لم يكن له عليه يد، ويخالف فهو عليه فإن ذاك للحربي فجاز اغتنامه وهذا للمسلم ولهذا يجوز أخذ نفس الحربي ولا يجوز أخذ نفس المسلم فكذلك ماله.

مسألة: إذا أسلم في دار الإسلام وله أولاد صغار في دار الحرب فظهر الجيش على الدار لم يسترق أولاده.

وقال أبو حنيفة: يسترقون.

لنا: حديث ابني سمية ولأنه ولد صغير لمسلم فلا يسترق كما لو كان معه.

قالوا: اختلاف الدين يقطع العصمة بينه وبين أبيه ولهذا لا يتوارثان لهذا إذا سبى دون أبيه تبع النسائي في الإسلام.

قلنا: الميراث ينقطع بالقتل وبالرق ولا ينقطع الاتباع في الدين إذا سبى وحده جعل تابعاً للنسائي لأن الغالب لأنه لا يوقف على حال أبويه وهاهنا عرف إسلام الأب فلم يجعل كافراً.

مسألة: إذا حبلت الحربية من مسلم فظهر الجيش على الدار لم يسترق الحمل.

وقال أبو حنيفة: يسترق.

لنا: أنه محكوم بإسلامه فلا يسترق كالأب والدليل على الوصف أنه يوقف له

=

٧٣)، والبزار في مسنده (٦/٤٣٣) ح (٢٤٦٣).

الميراث.

قالوا: ما سرى إلى الحمل إذا كان الأب كافر أسرى وإن كان مسلماً كالعتق.

قلنا: الرق لا يستوي إذا كان الأب كافراً وإنما يقع السبي عليهما موضعاً واحداً ولأن الأب يسبى إذا كان كافراً ولا يسبى إذا كان مسلماً ولأن العتق بنى على السراية والرق بنى على الموقوف فلم يسر.

قالوا: الحمل كالعضو منها فلا ينفرد عنها في السبي.

قلنا: بل هو كالجملة المنفردة ولهذا ينفرد عنها في الملك والعتق والضمان وانفرد هاهنا عنه في الإسلام بخلاف الأعضاء.

قالوا: لو كان الولد حراً لمنع استرقاق الأم كما منع بيعها.

قلنا: يمنع في أحد الوجهين ثم البيع ضعيف فمنع منه حرية الولد السبي قوي فلم يمنع منه حرية الولد كالإرث في الجارية المغرور بحريتها.

قالوا: الرقيقة لا تلد إلا رقيقاً.

قلنا: يبطل لولد المغرور ومن أعتق حملها.

مسألة: يجوز استرقاق كفار العرب في أصح القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز استرقاق عبدة أوثان العرب.

لنا: أنه عقوبة تتعلق بالكفر فاستوى فيها العرب والعجم كالقتل، ولأن من جاز استرقاق نسائهم وصبيانهم جاز استرقاق رجالهم كالعجم وأهل الكتاب من العرب ولأنه كافر أصلي فجاز استرقاقه كالعجمي.

قالوا: العجم لم يبالغوا في أذية الرسول ﷺ والعرب بالغوا فشدد عليهم بالقتل.

قلنا: أهل الكتاب من العرب بالغوا وسمّوه ثم يسترقون ولأنه لو كان للمبالغة لاختص بذلك كفار قريش.

قالوا: من لا يقر على كفره ببذل الجزية لم يجز بالاسترقاق كأهل الردة.

قلنا: الإقرار بالجزية تخفيف والاسترقاق تغليظ لأنه يملك رقابهم وأموالهم فلا يدل أحدهما على الآخر وأهل الردة لا يسترق نساؤهم وصبيانهم وهم لا يسترقون.

مسألة: يصح أمان العبد.

وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا أن يكون مأذونا في القتال.

لنا: قوله ﷺ «**المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من**

سواهم»[1].

قال أبو عبيد: أدناهم العبد وروى طلحة أن النبي ﷺ قال: «**يجير على المسلمين بعضهم**»، وقال عمر رضي الله عنه: العبد المؤمن رجل من المؤمنين ذمته ذمتهم، ولأنه مسلم مكلف فملك الأمان بنفسه كالحر، ولأنه يصح أمانه إذا أذن له في القتال فصح وإن لم يؤذن له كالأجير وعكسه الصبي ولأنه إذا أذن له في القتال ملك ولا يجوز أن يكون ملك بالإذن في القتال لأن الأمان ضد القتال والشيء لا يملك بالإذن في ضده فثبت له كان مالكاً قبل الإذن، ولا يلزم الطلاق فإنه لا يملكه بالإذن في النكاح وإنما يملكه بملك البضع.

قالوا: عقد فلا يملكه العبد بنفسه كسائر العقود.

قلنا: يبطل بالصوم والصلاة وسائر العقود لا يملكها الحر في حق الغير والأمان يملكه الحر في حق المسلم فملكه العبد، ولأن سائر العقود يعقدها في حق المولى خاصة فلا يملك دون إذنه وهذا يعقده في حق المسلمين كافة والعبد رجل من المسلمين ولأن سائر العقود تتعلق بالمال ولهذا يستوي فيه العبد والكافر وهذا يتعلق بالدين فهو كالصوم والصلاة.

قالوا: لو صح أمانة لصار المولى محجوراً عليه والعبد لا يملك الحجر على مولاه.

قلنا: الحر أيضاً لا يملك الحجر على مثله ثم بالأمان يصير محجورا عليه من جهته، ولأنه يبطل به إذا أسلم فإنه يصح وإن صار به المولى محجورا عليه في المنع من إجارته واستخدامه.

قالوا:ليس من أهل الولاية فأشبه الصبي.

قلنا: من أهل الولاية في بعض الأشياء وهو الصلاة على الميت والالتقاط ثم يبطل بالفاسق.

مسألة: لا يملك الكافر مال المسلم بالقهر.

وقال أبو حنيفة: يملك.

لنا: ما روى عمران بن الحصين أن امرأة من الأنصار سبيت وكانت ناقة رسول الله

---

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/١٩٤) ح (٧٧١)، والحاكم في مستدركه (٢/١٥٣) ح (٢٦٢٣)، والدارقطني (٣/٩٨) برقم (٦١)، وأبو داود (٤/١٨٠) ح (٤٥٣٠) والنسائي في الكبرى (٤/٢١٧) ح (٦٩٣٦)، والإمام أحمد في مسنده (١/١١٩) ح (٩٥٩).

ﷺ أصيبت قبلها وكانت تكون فيهم فانفلتت ذات ليلة من الوثاق وقعدت على عجز الناقة فانطلقت فجعلت لله عليها إن نجاها لتنحرنها فأخبروا النبي ﷺ فقال: «**سبحان الله بئسما جزتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا نذر فيمال لا يملكه ابن آدم**» فأخذ ناقته [(١)].

فإن قيل: لعلهن لم يحرزوا بالدار.

قيل: لم يستفصل النبي ﷺ ولأنها بقيت فيهم ثم انفلتت ذات ليلة ودار الحرب قريبة منهم فدل على أنهم أحرزوها، ولأنه قهر محظور فلم يكن سبباً للتمليك كقهر المسلمين ولأن ما ملكه المسلم بالقهر لم يملكه الكافر على المسلم كرقاب الأحرار وأمهات الأولاد ولأن ما حرم أخذه لم يكن الاستيلاء سبباً لملكه كصيد الحرم، ولأنهم لو ملكوا لوجب إذا وجد قبل القسمة أن لا يأخذ إلا بعوض ولأنهم لو ملكوا بالقهر لملكوا عبدنا إذا أبق إليهم.

فإن احتجوا بقوله عز وجل ﴿**لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ**﴾ (الحشر: من الآية٨).

قلنا: رباع مكة لا تملك عندهم ثم سماهم فقراء لزوال أيديهم كما يقال ذلك لمن غصب ماله أو غرق ولأنه حجة إذا فاتته فإنه أضاف إليهم.

فإن احتجوا بما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال فيما أحرزه المشركون ثم استنقذه المسلمون إن كان قبل القسمة فهو أحق به وإن كان بعد القسمة فهو أحق به بالثمن.

قلنا: يرويه الحسن بن عمارة وهو ضعيف كثير الغلط ثم يحتمل أنه أحق بالثمن من بيت المال ويحتمل من الثمن فوجب التوقف فيه.

قالوا: سبب يملك به المسلم على الكافر فملك به الكافر على المسلم كالبيع.

قلنا: رقاب الأحرار يملكها المسلم على الكافر ولا يملكها الكافر على المسلم ونفس القهر يملكه المسلم على الكافر ولا يملكه الكافر على المسلم والبيع مباح لكل واحد منهما فملكا به والقهر مباح للمسلم حرام على الكافر فافترقا فيه.

قالوا: فريقان استويا في سقوط الضمان فيما يتلف أحدهما على الآخر فاستويا في الملك بالقهر كالترك والروم.

قلنا: قد استويا في سقوط الضمان في رقاب الأحرار ولم يستويا في ملكهما بالقهر

---

(١) أخرجه مسلم (١٢٦٢/٢) ح (١٦٤١).

وبه يخالف الروم والترك فإنهما استويا في ملك الأحرار وهاهنا لا يستويان ولأن الروم والترك مال واحد منهما غير محرز عن الآخر وهاهنا مال الكافر غير محرز عن المسلم ومال المسلم محرز.

قالوا: إحراز ماله كان بالدار وقد زال بالحيازة إلى دار الحرب فملك بالأخذ كمال المستأمن إذا رجع به إلى دار الحرب.

قلنا: لا نسلم بل إحرازه بالدين ولهذا إذا أسلم في دار الحرب حرم اخذ ما في يده ومال المستأمن حرم بالأمان وقد زال فهو كالصيد إذا دخل الحرم ثم خرج وهذا حرم بالإسلام ولم يزل فهو كالصيد إذا خرج من الحرم وهناك إحرام.

مسألة: إذا أحبل بعض الغانمين جارية من المغنم انعقد الولد حراً وثبت نسبه.

وقال أبو حنيفة: ينعقد مملوكاً ولا يثبت نسبه.

لنا: هو أنه وطء يسقط فيه الحد بشبهة الملك فثبت به نسب الولد وحريته كوطء جارية الابن والجارية المشتركة.

قالوا: لا يملكها وإنما له حق يملك به في الثاني كالجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل التسليم.

قلنا: الجارية المبيعة لا حق للبائع فيها وإنما إذا تلفت ينفسخ البيع ورجعت إليه وهاهنا فيها حق ملك فحل الملك كالجارية الابن.

مسألة: إذا دخل الحربي إلى دار الإسلام بأمان وأودع مالا عند مسلم أو أقرضه ثم رجع إلى دار الحرب وظهر الجيش على الدار وقتل لم يغنم ماله بل يدفع إلى الورثة في أحد القولين ويغتنم في الآخر.

وقال أبو حنيفة: يغنم الوديعة ويسقط القرض.

لنا: هو أنه هلك عن مال له أمان فأشبه إذا مات في دار الإسلام أو مات حتف أنفه في دار الحرب ولأنه مال لا يجوز أخذه في حال حياته بغير إذنه فلا يغنم بعد هلاكه كمال المسلم والذمي ولأن من سلم ماله إلى ورثته إذا قتله كافر سلم وإن قتله مسلم كالمسلم والمستأمن.

قالوا: ماله تابع لنفسه وقد سقط الأمان في نفسه فسقط في ماله.

قلنا: لو كان تابعاً لما جاز إفراده بعقد الأمان ولأنه يبطل به مات حتف أنفه أو قتله كافر.

قالوا: لو استرق لم يدفع إلى وارثه فكذلك إذا قتل.

قلنا: توقف فإن عتق دفع إليه إن مات كان لبيت المال فيئا ولا يدفع إلى الوارث لأنه حي وهذا ميت.

مسألة: إذا دخلت مستأمنة فتزوجت ذمياً ثم بانت منه لم تمنع من الرجوع إلى دار الحرب.

وقال أبو حنيفة: تمنع.

لنا: هو أنه لزمها المقام لحق آدمي فإذا سقط جاز لها الرجوع كما لو أجرت لنفسها أو حبست في دين، ولأنه عقد لا يصير الرجل به ذمياً فلم تصر به المرأة ذمية كالبيع والإجارة.

قالوا: لزمها المقام على الدوام فأشبه إذا عقد لها الذمة.

قلنا: لا يلزمها المقام على الدوام وإنما يلزمها ما دامت زوجة، ثم هناك عقد لها الذمة فهي كالرجل في الذمة وهاهنا عقد لها النكاح فهي كالرجل في النكاح.

مسألة: مكة فتحت صلحاً.

وقال أبو حنيفة: فتحت عنوة.

لنا: قوله عز وجل ﴿وَلَوْ قَاتَلَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ (الفتح: من الآية٢٢).

قال أهل التفسير: هي في فتح مكة ولهذا قال سنة الله التي قد خلت من قبل وأراد به أهل مكة يوم بدر فإنه نصر عليهم، وروى ابن عباس أنه لما نزل رسول الله ﷺ بمر الظهران خرج العباس على بغلة رسول الله ﷺ لينذر أهل مكة فسمع كلام أبي سفيان وبديل بن ورقاء وحكيم بن حرام وقد خرجوا يتجسسون الخبر فقال لأبي سفيان هذا رسول الله أتاكم بمالا قبل لكم به بعشرة آلاف ولئن ظفر بك ليضربن عنقك فأردفه وأتى به رسول الله ﷺ وعقد الأمان لأهل مكة على أن من ألقى سلاحه فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن، فقال العباس إن أبا سفيان يحب الصيت فاجعل له شيئا فقال: «**ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن**» فجاء إلى مكة وأخبر فتفرق الناس(١).

فإن قيل: روى أبو هريرة أن النبي ﷺ صعد الصفا فجاء أبو سفيان فقال يا رسول الله أبيدت خضراء قريش لا قريش بعد اليوم فقال رسول الله ﷺ: «**من دخل داره فهو**

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٨/٩) ح ٧٢٦٤)، وصححه الحافظ الهيثمي. انظر/ مجمع الزوائد (٦/ ١٦٧).

آمن ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن»[1] فدل على أنه بعد الفتح آمن.

قيل: هذا لا ينافي ما رويناه لأنه يجوز أن يكون أعاد ما ذكره لأبي سفيان ليسمع من لم يسمع وقول أبي سفيان أبيدت خضراء قريش لعله أراد ما كان من خالد فإنه قاتلهم وذكر أنهم بدأوه، وروي أنه لما استقبلته النساء ومسحن وجوه الخيل قال لله در حسان حيث يقول: فقال العباس إنه يريد الأبيات فانشد:

تظـــل جـــيادنا متمطـــرات يلطمهـــن بالخمـــر النـــساء

وروي أن سعد بن عبادة أخذ الراية وقال:

الـــيوم يـــوم الملحمـــة الـــيوم تـــسبى الحـــرمة

فقال النبي ﷺ:

الـــيوم يـــوم المـــرحمة الـــيوم تـــستر الحـــرمة

وأمر علياً أن يأخذ منه الراية وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ عهد إلى أمر الأنصار حين أمرهم أن يدخلوا مكة أن لا يقاتلوا إلا من قاتلهم إلا نفرا استثناهم، ولأنهم لو دخلوا الحرب لقسمت الغنائم.

فإن قيل: لعله ترك برضاء الغانمين.

قيل: لو كان كذلك لنقل كما نقل في هوازن ولكان لا يهمل ذكره مع ما فيه من بيان الحكم وإظهار الكرم.

فإن احتجوا بقوله عز وجل: ﴿**فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنْتُمُ الْأَعْلَوْنَ**﴾ (محمد:٣٥).

قلنا: لم يهن ولم يدع ولأنه يعارضه قوله: ﴿**وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا**﴾ (الأنفال: من الآية٦١).

واحتجوا بقوله ﴿**إِذَا جَاءَ نَصْرُ اللَّهِ وَالْفَتْحُ**﴾ (النصر:١) وبقوله: ﴿**إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحاً مُبِيناً**﴾ (الفتح:١).

قلنا: الأولى نزلت بعد الفتوح لا في فتح مكة والثانية نزلت في فتح الحديبية.

وقيل: معناه إنا قضينا لك ولأن الفتح يستعمل في الصلح كما يستعمل في الحرب.

واحتجوا بقوله عز وجل ﴿**وَهُوَ الَّذِي كَفَّ أَيْدِيَهُمْ عَنْكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ عَنْهُمْ بِبَطْنِ مَكَّةَ**

(١) أخرجه مسلم (١٤٠٥/٣) ح (١٧٨٠).

مِنْ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ﴾ (الفتح: من الآية٢٤).

قلنا: أراد به في الحديبية لأنها من مكة ولأن الظفر فيما ذكرناه أكثر لأنهم ضرعوا وسألوا وهذا أبلغ من الظفر بالقتال.

فإن احتجوا بقوله تعالى ﴿أَلا تُقَاتِلُونَ قَوْماً نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ﴾ (التوبة:من الآية١٣)

قلنا: المراد به إذا قاتلوا ولهذا قال ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ .

قالوا: روي أن النبي ﷺ دخل مكة عنوة فقال رجل: لا قريش بعد اليوم.

فقال ﷺ الأسود والأبيض آمن إلا مقليس بن ضبابة وابن خطل وقينة بني فلان فأنزل الله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا﴾ (النحل: من الآية١٢٦)[1].

قلنا: العنوة الذل والخضوع قال الله تعالى ﴿وَعَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ﴾ (طـه: من الآية١١١) وقد دخل بذل منهم ومقوله الأسود والأبيض آمن بالآمان الذي يقدم مع أبي سفيان وأما الآية فقال مقاتل وغيره إنها نزلت فيمن قتل يوم أحد لا في فتح مكة.

قالوا: روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال للأنصار «**إن قريشاً وبشت أوباشها وإذا لقيتموهم فاحصدوهم**»[2].

قالوا: روى أبو هريرة أن النبي ﷺ استعمل خالداً على المجنبة اليمنى والزبير على اليسرى وأبا عبيدة على الساقة وهو مع الناس في القلب [3].

قلنا: قصد إظهار العدة والزينة وقوة الاسلام أو فعل احتياطا إن نكثوا.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**إن الله حبس الفيل عن مكة وسلط عليها رسوله والمؤمنين لا تحل لأحد بعدي ولم تحل لأحد قبلي وإنما أحلت لي ساعة من نهار ثم هي حرام إلى يوم القيامة**»[4].

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٢/٢٣٩) ح (٤٨٧)، والحاكم في مستدركه (٢/٣٩١) ح (٣٣٦٨) وصححه، والضياء في المختارة (٣/٣٥١) ح (١١٤٣) وحسنه، والترمذي (٥/٢٩٩) ح (٣١٢٩) وقال: حسن غريب، والنسائي في الكبرى (٦/٣٧٦) ح (١١٢٧٩).

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٣٢٤)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٥٣٨) ح (١٠٩٦١)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٣٥١) ح (١٩٠٧).

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٤٠٧) ح (١٧٨٠).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٩/٢٨) ح (٣٧١٥)، وأبو عوانة في مسنده (٤/١٨٧) ح (٦٤٦٢).

قلنا: أراد أن أحتاج إلى القتال ولأنه حل له قتل من استثنى.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**كفوا السلاح إلا خزاعة عن بكر**» فأذن لهم حتى صلوا العصر ثم قال: «**كفوا السلاح**»(١).

قلنا: بنو بكر لم يدخلوا في الأمان.

قالوا: روي أن خالد بن الوليد قتل سبعة عشر نفساً.

قلنا: إنما قتل من بني نفاثة من بنى بكر ولم يكونوا من أهل مكة ولا تناولهم الأمان.

قالوا: روي أنه أخذ بعضاً دني الباب وقريش حواليه فقال لهم ماذا ترون أني صانع بكم فقالوا أخ كريم وابن أخ كريم ملكتها ثم فاصنع ما شئت فقال ﷺ: «**أقول ما قال أخي يوسف لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم أنتم الطلقاء**»(٢).

قلنا: قولهم ملكت معناه لا نقدر على دفعك وقوله أنتم الطلقاء بالأمان الذي سبق.

قالوا: لو كان صلحاً لما هرب عكرمة.

قلنا: قد قيل إنه قد استثنى ولأنه يحتمل أنه لم يثق بالأمان أو لم يرد الدخول فيه.

مسائل قسم الفيء والغنيمة

مسألة: يخمس مال الفيء (٣).

وقال أبو حنيفة: لا يخمس بل جميعه للمصالح (٤).

لنا: أنه مال أخذ من الكفار بحق الكفر فأشبه الغنيمة.

فإن احتجوا بقوله تعالى ﴿**مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ**﴾ (الحشر: من الآية٧) ولم يخمس.

قلنا: أطلق هاهنا وقيد في الغنيمة فحمل المطلق على المقيد.

واحتجوا بقوله ﷺ «**مالي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم**».

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٠/١٣) ح (٥٩٩٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٠٣/٧) ح (٣٦٩٠٤)، والإمام أحمد في مسنده (١٧٩/٢) ح (٦٦٨١).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١١٨/٩)، والنسائي في الكبرى (٣٨٢/٦) ح (١١٢٩٨)، والربيع في مسنده (١٧٠/١) ح (٤١٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٢٥/٣).

(٣) الإفصاح (٢٣٨/٢)، انظر المهذب (٢٤٧/٢- ٢٤٨).

(٤) الإفصاح (٢٣٨/٢)، ووافق الأحناف أحمد، انظر: بدائع الصنائع (١١٦/٧)، العدة شرح العمدة (٧/٦-٨).

قلنا: أراد به الغنيمة ولهذا أضاف إلينا والفيء مضاف إليه ولأنه حجة لنا لأن ذكر الخمس فدل على أنه خمس.

مسألة: يخمس ما تغنمه الطائفة اليسيرة.

وقال أبو حنيفة: لا يخمس.

لنا: قوله عز وجل ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ (الأنفال: من الآية٤١) ولأنه غنيمة يشترك فيها الرد والمباشر فشاركهم فيها أهل الخمس كما لو غنمه طائفة كثيرة أو دخلوا بإذن الإمام.

قالوا: لم يؤخذ على وجه فيه إعزاز دين الله فأشبه المأخوذ بالبيع.

قلنا: لا نسلم فإن الإعزاز وفيما تأخذ الطائفة اليسيرة وأكثر، والمعنى في الأصل أنه لم يؤخذ بحق الكفر وهذا أخذ بحق الكفر ولم يختص به بعضهم فخمس كسائر الغنائم.

مسألة: خمس الخمس لرسول الله ﷺ لم يسقط بموته.

وقال أبو حنيفة: سقط.

لنا: هو أنه سهم من الخمس فكان ثابتا كسائر السهام.

قالوا: ما خُصَّ به الرسول من الغنيمة سقط بموته كالصفى.

قلنا: ذاك تعلق باختياره وقد فات وهذا تعلق بالمصلحة وهي باقية.

قالوا: إثبات حق للميت بعد الموت.

قلنا: إلا أن الجهة باقية وهي المصلحة فلم يسقط.

مسألة: لذي القربى سهم من الخمس.

وقال أبو حنيفة: ليس لهم سهم وقال بعضهم كان لهم سهم بالنصرة وقد سقط بموت رسول الله ﷺ.

لنا: قوله عز وجل: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ (الأنفال: من الآية٤١).

فإن قيل: أراد إذا كانوا فقراء وخصهم بالذكر حتى لا يظن ظان أنهم لا يعطون كما لا يعطون الزكاة.

قيل: لم يفرق، ولأن الفقراء منهم قد دخلوا في قوله والمساكين ولأن في حق الرسول لم يرد ما قالوا فكذلك في حقهم ولأن عثمان وجبير بن مطعم طلبا ذلك وقال يا رسول الله لا ينكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله عنهم أرأيت إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وحرمتنا وقرابتنا وقرابتهم واحدة فقال ﷺ «**إن بني هاشم وبني**

المطلب شيء واحد ما فارقونا في جاهلية ولا إسلام»(١) فأقرهم على الطلب بالقرابة مع يسار عثمان، وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى قلت لعلي بأبي وأمي ما فعل أبو بكر وعمر في حقكم أهل البيت من الخمس.

فقال: أما أبو بكر فلم يكن في زمانه أخماس وما كان فقد أوفاناه وأما عمر فلم يزل يعطينا حتى جاءه مال من السدس والأهواز فقال إن بالمسلمين خلة فإن أحببتم تركتم حقكم فجعلنا في خلة المسلمين حتى يأتينا.

قال: فأوفيكم حقكم.

فقال العباس: لا تطعمه في حقنا.

قلت: أليست حق من أجاب أمير المؤمنين ورفع خلة المسلمين ولأن من لا يحل له الصدقة المفروضه بحال كان له سهم من الخمس كالرسول ﷺ ولأنه قرابة حرمت مالا فأجزت مالاً كقرابة الميت يؤكده أن الخمس جعل من الزكاة ولهذا قال ﷺ للفضل بن العباس حين طلب عماله الصدقات «**أليس في خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس**»(٢)، وفي تحريم الزكاة يستوى فقيرهم وغنيهم وهو في العمالة فكذلك في الخمس ولأن هذا السهم كان ثابتا لهم في زمن النبي ﷺ فلم يسقط بموته السهم كخمس اليتامى والمساكين والدليل على الوصف حديث عثمان وجبير بن مطعم.

قالوا: روى ابن عباس أن أبا بكر قسم الخمس على ثلاثة أسهم (٣).

قلنا: يرويه الكلبي عن أبي صالح والكلبي كذاب وذكر أن أبا صالح قال: كلما حدثتك فهو كذب.

وقال المعتمر بن سليمان: بالكوفة كذابان السدي والكلبي.

قالوا: أجزأ من الخمس فلم يؤخذ من غير حاجة كسهم اليتامى.

قلنا: يبطل بخمس رسول الله ﷺ ثم يجوز أن يستحق بعضه بالحاجة وبعضه بغير الحاجة كما قلنا في الزكاة.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٦٥/٦) ح (١٢٨٥٣)، والإمام الشافعي في مسنده (٣٢٤/١)، والإمام أحمد في مسنده (٨١/٤).

(٢) عزاه الشيخ ابن الملقن للطبراني في الكبير ولأبي نعيم في معرفة الصحابة. انظر/ خلاصة البدر المنير (١٦٣/١).

(٣) أورده الشيخ الزيلعي. انظر/ نصب الراية (٤٢٤/٣).

قالوا: لو استحق بالقرابة لا يستحقه بنو عبد شمس وبنو نوفل.

قلنا: يستحق بالقرابة بشرط النصرة يستحق بالقرابة بشرط الموالاة ولم توجد النصرة من بني عبد شمس وبني نوفل.

قالوا: لو استحق بالقرابة لكان في مال القريب كالميراث.

قلنا: يبطل به إذا أوصى رجل لأقارب غيره، ولأن الذي يحرم هناك من مال القريب فالذي منح من ماله وما يحرم هاهنا من مال الله فما منح من ماله.

قالوا: هذا الحكم ثبت لعلة وهو نصرة الرسول وقد زالت العلة فوجب أن يزول الحكم.

قلنا: النصرة علة لإثبات الحكم في جميع القبيلة ولهذا جعل النساء مع عدم النصرة ويجوز أن تكون العلة في بعض القبيلة يثبت الحكم في جميع القبيلة كما أن معاداة بعض العرب لرسول الله ﷺ عندهم علة للتغليظ على جميع العرب في القتل ولأنه إن كانت العلة [للتغليظ](١) إلا أنه أثبت لهم الحكم بلفظ مطلق فلا ينسخ من غير ناسخ.

مسألة: إذا قال الأمير من أخذ شيئاً فهو له لم يصح ذلك في أصح القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أن من لا يستحق جزءاً من الغنيمة من غير شرط لم يستحق بالشرط كالأجنبي.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: يوم بدر «**من أخذ شيئا فهو له**»(٢).

قلنا: غنائم يوم بدر كانت له ولهذا أدخل فيها من لم يحضر كعثمان وغيره.

قالوا: تفضيل بعض الغانمين فجاز بشرط الإمام كالثلث والربع للرجعة والبدأة للرجعة.

قلنا: ذاك يدفع من سهم المصالح فجاز بشرطه وهذا من الغنيمة وهو حق للحاضرين فلا يجوز تخصيص بعضهم به.

مسألة: السلب للقاتل (٣).

---

(١) كشط في الأصل، لعله ما أثبتناه.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣١٥/٦) ح (١٢٥٩٦)، وانظر/ خلاصة البدر المنير (١٥٤/٢).

(٣) الإفصاح (٢٢٨/٢)، ووافق الشافعية أحمد (في إحدى روايتيه) انظر: المهذب (٢٣٨/٢)، العدة شرح العمدة (٥٩٣/٧)، المغني والشرح الكبير (٤٢١/١٠، ٤٥٤).

وقال أبو حنيفة: ليس له إلا أن يشرط له [(١)].

لنا: ما روى أبو قتادة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام خيبر فرأيت رجلاً من المشركين قد علا رجلاً من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه فأقبل علي وضمني ضمة وجدت منها ريح الموت ثم رجع الناس فقال النبي ﷺ «**من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه**» فقمت وقلت: من يشهد لي ثلاث مرات فقال ﷺ «**مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة**» فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه منه فقال أبو بكر الله إذاً لا تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه فقال ﷺ «**صدق فاعطه إياه**» [(٢)].

فإن قيل: لعل ذلك مقصور على تلك الغزاة كما قال يوم الفتح من دخل دار أبي سفيان فهو آمن.

قيل: اللفظ عام، وحديث أبي سفيان ورد على أمان مخصوص، ولأنه أعطاه بقتل سبق هذا القول ولأن أبا بكر رضي الله عنه علق الاستحقاق على المخاطرة بالقتل إلا على الشرط ولأنه ذو أسهم غرر بنفسه في قتل كافر ممتنع حال القتال فأشبه إذا شرط له ولأن ما فضل به بعض الغانمين من الغنيمة لا يفتقر إلى شرط الإمام كسهم الفارس ولأن مالا يفتقر سببه إلى إذن الإمام لم يفتقر استحقاقه إلى شرطه كسهم الفارس.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**ليس للمؤمن إلا ما طابت به نفس إمامه**» [(٣)].

قلنا: قد طابت بذلك نفس إمام الأئمة وهو الرسول ﷺ.

قالوا: روي أن رجلا قتل رجلا فأخذ خالد وهو الأمير سلبه فقال ﷺ لخالد لا ترده.

قلنا: هذا حجة لنا لأنه قال لم أخذته.

فقال: استكثرته.

فقال: رده عليه وإنما أمر بعد ذلك بحبسه لأنه أساء الأدب على خالد.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٢٨)، انظر: الاختيار (٣/٣٣٠).

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/٢٧٠) ح (١٠٧٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/٣٠٦) ح (١٢٥٤١)، والربيع في مسنده (١/١٨٩) ح (٤٧٩).

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٧/٢٣) ح (٦٧٣٩)، وفي الكبير (٤/٢٠) ح (٣٥٣٣)، وضعفه الحافظ الهيثمي بعمرو بن واقد وهو متروك. انظر/ مجمع الزوائد (٥/٣٣١).

فقال: له ألم أَفِ لك كما قال للزبير: احبس الماء حتى يبلغ الحدر تأديباً للرجل الذي أساء الأدب ولهذا قال مالكم ولأمري لكم من أمرهم صفوه وعليهم كدره.

قالوا: مال يجعل للتحريض على القتال فلا يستحق من غير إذن الإمام كالنفل للبداءة والرجعة.

قلنا: يبطل بسهم الفارس ثم النفل من سهم المصالح فوقف على إذن من ينظر فيها وهذا من الغنيمة فلم يفتقر إلى إذنه ولهذا سبب ذاك يفتقر إلى إذنه وسبب هذا لا يفتقر.

قالوا: من لم يشرط له السلب لم يستحقه كما لو قتله من وراء الصف أو قتل منهزماً أو مثخناً.

قلنا: المقتول وراء الصف لا يحتاج في قتله إلى بلاء ومخاطرة بالنفس والمنهزم والمثخن مكفي الشر فلا يحتاج في قتله إلى التحريض بزيادة وهاهنا يحتاج إلى المخاطرة ما احتيج إلى التحريض على قتله بزيادة.

قالوا: جزء معين من الغنيمة فلا يستحق من غير شرط كغير السلب.

قلنا: ذاك ليس من سلب المقتول وهذا من سلبه ولهذا لو شرط له السلب لم يستحق غيره ويستحقه.

قالوا: لو كان السلب للقاتل لوجب إذا وجد قتيل لا يعرف قاتله أن لا يقسم سلبه.

قلنا: إنما قسم لأنه لا يستحق إلا بشروط الأصل عدمها فيبقى على حكم الغنيمة.

مسألة: يجب قسمة الأراضي بين الغانمين [١].

وقال أبو حنيفة: إن شاء قسم وإن شاء أقر أهلها فيها وضرب عليهم الخراج [٢].

لنا: قوله صلوات الله عليه وسلم «**الغنيمة لمن شهد الوقعة**»[٣]، ولأنه مال فلم يكن قسمته موكولة إلى اختيار الإمام كالمنقول.

قالوا: فتح النبي ﷺ خيبر فقسم نصفها وترك نصفها.

قلنا: لعله ترك برضاء الغانمين ولأنه روي أنه قسم خيبر على ثمانية عشر سهما فتعارضا.

قالوا: فتح عمر رضي الله عنه أرض السواد وأقرّ أهلها فيها.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٣١)، انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٧٥).

(٢) الإفصاح (٢/٢٣١)، انظر: الاختيار (٣/٣١٩).

(٣) بمعناه أخرجه البخاري (٣/١١٣٦) ح (٢٩٥٧).

قلنا: بل قسمها واستغلوها أربع سنين ثم سألهم أن ينزلوا عنها فنزلوا بطيبة أنفسهم.

قالوا: ما جاز ضرب الخراج عليه كانت قسمته إليهم كالرقاب.

قلنا: المواشي يجوز ضرب الخراج عليها كما فعل عمر رضي الله عنه في مواشي نصارى العرب ثم قسمتها واجبة، والرقاب ليست بمال وهذا مال فهو كرقاب العبيد.

مسألة: الإمام مخير في الأسير بين القتل والاسترقاق والمن والفداء.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز المن والفداء.

لنا: قوله عز وجل: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ (محمد: من الآية٤).

قال ابن عباس: حتى يسلم كل من على وجه الأرض، وروى أن النبي ﷺ منَّ على أبي العاص بن الربيع وثمامة بن إبال الحنفي وأبي عزة الجمحي، وفادى رجلا برجلين من المسلمين، ولأن ما رآه الإمام مصلحة في الأسير جاز له فعله كالقتل والاسترقاق.

احتجوا بقوله تعالى ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الآخِرَةَ﴾ (الأنفال: من الآية٦٧) فوبخهم على المفاداة في يوم بدر.

قلنا: يجوز أن يكون وبَّخهم لأنه كانت المصلحة في ذلك الوقت في قتلهم ولهذا قال ابن عباس أمر الله بقتل المشركين حين كان لهم شوكة فلما كثرت شوكة المسلمين أمر بالمن والفداء.

قالوا: مشرك فلا يجوز رده إلى أرض الحرب كالمرتد والذمي.

قلنا: ذاك لا يجوز قتله واسترقاقه وهذا يجوز ولأن ذاك استحق بالإسلام والذمة المقام في دار الإسلام على التأبيد وهذا لم يستحق فهو كالمستأمن.

قالوا: في المن ضرر بالمسلمين وتقوية للكفار فلم يجز كرد السلاح.

قلنا: نحن إنما نمن على من لا ضرر على المسلمين في المن عليه ثم إن فيه إظهاراً لقوة الإسلام واستمالةً لقلوب الكفار وكفّ أذاهم وفي الاسترقاق تقوية للكفار ثم يجوز والسلاح غنيمة للمسلمين فهو كالنساء والصبيان وهذا ليس بغنيمة فجاز رده ولهذا يجوز قتل الرجال ولا يجوز إتلاف السلاح.

قالوا: قتل يتخير فيه الإمام فلا يجوز تركه إلى غير بدل كالقصاص لمن لا وارث له.

قلنا: فجاز أن يخليه على مال يأخذ منه كالقصاص ثم هناك لإصلاح المسلمين في

الترك بغير مال وفي المن هاهنا صلاح فجاز.

مسألة: للفارس ثلاثة أسهم [١].

وقال أبو حنيفة: سهمان [٢].

لنا: ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه**»[٣] وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الفارس ثلاثة أسهم سهمًا له وسهمين لفرسه.

فإن قيل: قد روي أنه أعطى الفارس سهمين.

قيل: هذا رواه عبد الله بن عمر العمري وما ذكرناه رواه عبيد الله وأصحاب الحديث يقدمون عبيد الله ويقولون بينه وبين عبد الله ما بين الدينار والدرهم، ثم تحمل على أنه أراد السهمين الزائدين ليكون جمعاً بين الروايتين.

فإن قيل: يحتمل أنه زادهم على وجه النفل.

قيل: لما لم يصح ذلك في السهم الثاني لم يصح في الثالث ولأنه لو كان نفلا لبين كما روى ابن عمر أنه قسم بينهم غنائم ثم نفلنا بعيراً بعيراً، ولأنه مقدر زيد على مقدر من جنسه على سبيل الرفق فكان مثلية كالمسح على الخف ولا يلزم أكثر الحيض ولا نفقة الموسر لأنه ليس على سبيل الرفق، ولأن مؤونة الفرس من مؤونة الفارس فكان السهم بسببه أكثر كالفارس مع الراجل.

فإن احتجوا بما روى المقداد وقال أسهم لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمين سهماً لي وسهماً لفرسي.

قلنا: روت كريمة بنت المقداد عن أبيها قالت: أعطاني رسول الله ثلاثة أسهم سهما لي وسهمين لفرسي.

قالوا: روى مجمع بن جارية أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر بين الغانمين على ثمانية عشر

---

(١) الإفصاح (٢/٢٢٧)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (١/٤٧٥)، المهذب (٢/٢٤٤)، العدة شرح العمدة (صـ٦٠٥).

(٢) الإفصاح (٢/٢٢٧)، انظر: الاختيار (٣/٣٢٦، ٣٢٧).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١١/١٣٩) ح (٤٨١١)، والدارمي (٢/٢٩٧) ح (٢٤٧٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/٣٢٧) ح (١٢٦٥٩)، وأبو داود (٣/٧٦) ح (٢٧٣٥)، وابن ماجة (٢/٩٥٢) ح (٢٨٥٤).

سهماً وكان الجيش يوميذٍ ألفا وخمسمائة الفرسان منهم ثلاثمائة فيكون قد أسهم لكل فارس سهمين.

قلنا: قال محمد بن إسحق وأبو داود فيه وهم فإنهم كانوا ألفا وأربعمائة والفرسان منهم مائتان فيكون قد قسم لكل فرس سهمين ولأن ابن عباس يوم خيبر لمائتين لكل فرس سهمين ولأن أخبارنا أصح وأزيد ولأنا نقلنا قوله وفعله فهو أولى.

قالوا: حيوان يسهم له بسببه فكان له سهم كالرجل.

قلنا: الرجل أقل مؤونة والفرس أكثر مؤونة لأنه يحتاج إلى علف وسائس فاختلفا.

قالوا: فيما قلتم تفضيل البهيمة على الآدمي.

قلنا: إذا جاز أن يستوي بينهما جاز أن يفضل عليه ولأن السهمين يرجعان إلى الآدمي فلا يكون في ذلك تفضيل البهيمة.

قالوا: تابع فلا يكون حقه أكثر من حق المتبوع كالعبد في القسمة والخادم في نفقة الزوجة.

قلنا: هناك لا يكون حق مثل حق المتبوع وهاهنا يجوز فجاز أن يكون أكثر.

قالوا: فرض عطية زادت على عطية فلم يزد على مثلها كفرض الابن والبنت.

قلنا: يبطل بفرض الأخت من الأب والأم والأخت من الأب.

مسألة: إذا مات الفرس قبل الوقعة لم يسهم له.

وقال أبو حنيفة: يسهم وإن باع ففيه روايتان.

لنا: هو أنه شخص يستحق السهم بسببه مات قبل اللقاء فأشبه الرجل ولأن كل حالة لو مات فيها الفارس كل سقط سهمه فإذا مات الفرس سقط سهمه كما قبل دخول دار الحرب ولأنه زال ملكه عن الفرس قبل الوقعة فلم يستحق سهمه كما لو باعه.

قالوا: التزم المؤنة في حمله إلى دار الحرب فأشبه إذا مات بعد الوقعة.

قلنا: يبطل به إذا باعه قبل الوقعة وينكسر به إذا مات قبل دخول دار الحرب ثم تقول فكان موته كموته كما لو كان بعد الوقعة ولأن بعد الوقعة حصل المقصود بالفرس وهاهنا لم يحصل المقصود ولهذا لو باعه بعد القتال استحق سهمه ولو باعه قبله لم يستحق.

قالوا: القصد بالخيل إرهاب العدو ولهذا قال ﴿تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ﴾ (الأنفال: من الآية٦٠) وذلك يحصل بالدخول ■ العدو يستعظم عدد الخيل والرجل ولهذا قال علي كرم الله وجهه «ما غزي قوم في عقر دارهم إلا ذلوا».

قلنا: يبطل بالرجال إذا دخلوا ثم ماتوا.

مسألة: المدد بعد انقضاء الحرب لا يشارك الغانمين.

وقال أبو حنيفة: يشاركهم.

لنا: أنه لم يشهد الوقعة فلم يشارك كما لو حضر بعد القسمة ولأن كل حالة لا يشارك فيها الأسير لم يشارك فيها المدد كما بعد دخول دار الإسلام.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ أسهم لبني عامر وقد قدما بعد تقضي الحرب.

قلنا: يعارضه أن أبان بن سعيد قدم عليه في سرية بعد فتح خيبر فسأله أن يسهم لهم فأبى.

قالوا: روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أمد المهاجر بن أبي أهبة وزياد بن لبيد بعكرمة بن أبي جهل مع خمسمائة نفس فلحقوا بعدما فتحوا فأسهم لهم.

قلنا: روي أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه فكتب الغنيمة لمن شهد الوقعة.

قالوا: الحاجة إليهم بعد الحرب أشد لأنه لا يؤمن من كرتهم للقتال عن المال والسبي فوجب أن يسهم لهم.

قلنا: بل الظاهر أنه لا يحتاج إليهم فإن العدو أنهم وعودهم متوهم ثم يبطل بالأسير إذا انفلت ولحق بهم.

قالوا: بظهرهم أحرزوا الغنيمة في دار الإسلام فأشبه إذا دخل الجيش من طريقين وغنم أحدهما.

قلنا: يبطل بالأسرى والمعنى في الأصل أنه جيش واحد وهذا جيش آخر فلم يشاركهم فيما انفردوا باغتنامه.

مسألة: تجار العسكر وأسرى المسلمين إذا انفلتوا وحضروا الحرب أسهم لهم في أحد القولين ولا يسهم لهم في الثاني.

وقال أبو حنيفة: إن قاتلوا أسهم لهم وإن لم يقاتلوا لم يسهم.

لنا: أن من أسهم له إذا قاتل أسهم له وإن لم يقاتل كسائر الجيش.

قالوا: لم يقاتل ولم ينوا القتال فأشبه إذا لم يحضر.

قلنا: لا نسلم فإن من حضر الحرب فإنما يحضر ليقاتل إذا احتيج إليه والمعنى في الأصل أنه لم يشهد الوقعة وهذا شهد.

قالوا: ما حصل للأسير من سلامة النفس أكثر من السهم فلا يسهم له.

قلنا: يبطل إذا قاتل.

مسألة: إذا مات الغازي بعد تقضي الحرب انتقل حقه إلى ورثته.

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل.

لنا: هو أنه حالة يصح فيها قسمة الغنيمة فأشبه ما بعد الحيازة بدار الإسلام.

قالوا: الغنيمة لا تملك قبل الحيازة بالدار لأنها لو ملكت لما جاز لكل واحد منهم أن ينفرد بالطعام والعلف فصار كحال الحرب.

قلنا: لم يملك لكن ثبت فيها حق التملك بدليل يصح قسمته والانفراد بالطعام والعلف للحاجة فإن العادة أن يفنى الزاد والعلف ولا يقدر على شرائه في دار الحرب ولهذا لا يجوز الانفراد بغيرهما ولو كان العدم الملك لجاز الانفراد بغيرهما.

قالوا: الاستيلاء لا يتحقق قبل الحيازة بالدار لجواز أن يكروا فصار كما لو فروا والحرب قائمة.

قلنا: إلا أن الظاهر أنه حصل الاستيلاء وجواز أن يكروا مشكوك فيه ويخالف الفرَّ في حال الحرب فإن ذاك من حيل الحرب وأسباب القتال.

مسألة: يجوز قسمة الغنائم في دار الحرب [1].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [2].

لنا: ما روى ابن عباس قال قسم رسول الله ﷺ لمائتي فرس يوم خيبر سهمين سهمين ولأنه لو لم يجز القسمة لم يصح كحال الحرب ولأنه يجوز القسمة إذا لم يوجد حمولة فجاز مع وجودها كما لو حيزت بالدار.

قالوا: روى أبو يوسف أن النبي ﷺ قسم غنائم بدر بعد مقدمه المدينة.

قلنا: ذكر الشافعي رحمه الله أنه قسم بشعب من شعاب بدر يقال له الصفراء وروى ابن عمر قال خرج رسول الله ﷺ في ثلاثة وخمسين رجلاً وهم حفاه عراة فقال رسول الله ﷺ «**اللهم إنهم حفاة فاحملهم وعراة فاكسهم وجياع فأشبعهم**» فانقلبوا ومع كل واحد منهم الجمل والجملان وقد حملهم وكساهم وأطعمهم[3].

---

(١) الإفصاح (٢/٢٢٩)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: مغني المحتاج (٤/٢٣٢)، المغني والشرح الكبير (١٠/٤٨٦، ٤٨٧).

(٢) الإفصاح (٢/٢٢٩)، وانظر: الاختيار (٣/٣٢٢).

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/١٤٤) ح (٢٥٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/٣٠٥) ح =

قالوا: دار الحرب في يدهم ومن ملك عليه شيء وهو في حكم يده لم يجز قسمته كالمبيع في يد البائع.

قلنا: لا نسلم أن المال في حكم يدهم لأن يدهم قد زالت عنه بالاستيلاء بخلاف المبيع فإنه في يد البائع ولأن المبيع إذا استحق في يد البائع قهراً جازت قسمته هو لحق الشفيع عندهم وهو أحد وجهينا فليكن الغنيمة مثله.

قالوا: في القسمة في دار الحرب ضرر لأنهم ربما أصابوا فرسا أو سيفا فلا يمكن قسمته بينهم.

قلنا: هذا أمر متوهم فلا يترك القسمة لأجله.

مسائل الجزية

مسألة: لا تؤخذ الجزية من عبدة الأوثان.

وقال أبو حنيفة: تؤخذ من عبدة أوثان العجم.

لنا: قوله عز وجل ﴿**قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ**﴾ (التوبة: من الآية٢٩) أي قوله «**من الذين أوتو الكتاب حتى يعطوا الجزية**»، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن أن تؤخذ الجزية من أهل الدار من كل محتلم دينار، وامتنع عمر رضي الله عنه من أخذ الجزية من المجوس فقال عبد الرحمن بن عوف سمعت النبي ﷺ يقول «**سنوا بهم سنة أهل الكتاب**»[(١)]، ولأنه كافر ليس له كتاب ولا شبهة كتاب فأشبه المرتد أو وثني فأشبه الحربي.

فإن احتجوا بأن النبي ﷺ عرض نفسه على القبائل وقال: هل لكم في كلمة إذا قلتموها دانت لكم العرب وأدت اليكم العجم الجزية.

قلنا: أراد أهل الكتاب وخص العجم لأن أكثر أهل الكتاب فيهم.

قالوا: يجوز إقراره على الكفر بالاسترقاق فجاز بالجزية كاليهود والنصارى والمجوس.

قلنا: الاسترقاق تغليظ لأنه يملك به الرقبة والجزية تخفيف لأنه معاوضه فلا يجعل التغليظ دليلاً على التخفيف، واليهود والنصارى من أهل الكتاب فأقروا بالجزية لحرمة

=

(١٢٥٣٨)، وأبو داود (٣/٧٩) ح (٧٤٧).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/١٧٢) ح (١٣٧٥٦)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٢٠٩)، والإمام مالك في موطئه (١/٢٧٨) ح (٦١٦)، والبزار في مسنده (٣/٢٦٥) ح ١٠٥٦).

أبائهم والمجوس لهم شبهة كتاب والتحقوا بأهل الكتاب في حقن الدم وهذا ليس له كتاب ولا شبهة كتاب فهو كالمرتد.

مسألة: يجوز الاقتصار في الجزية على دينار.

وقال أبو حنيفة: يقسم على الطبقات فيؤخذ من الفقير المعتمل اثنا عشر درهما ومن المتوسط أربعة وعشرون ومن الغنى ثمانية وأربعون.

لنا: حديث عمرو بن شعيب ولأن من حقن دمه بالجزية جاز أن يحقن بدينار كالفقير ولأنه سبب يحقن به الدم فاستوى فيه الفقير والغني كالإسلام والمال المصالح به عن دم العمد ولأن الجزية عوض عن الحقن مساكنة في دار الإسلام ولهذا يجوز تركه في دار الحرب أكثر من سنة بغير جزية ولا يجوز ذلك في دار الإسلام فاستوى فيه المعسر والموسر كالثمن والأجرة والصداق.

فإن قيل: لو كان عوضاً لما أخذ من مساكينهم ولأخذ من النساء والصبيان ولما جاز مع الحمل بالمدة.

قيل: وإن كان المساكن لهم إلا أن الدار لنا والنساء والصبيان يتبعون الرجال في السكنى وجاز مع الجهالة لأنه معنى في معاملة الكفار فعفى عن الجهالة كما لو قال من دلني على قلعة فله جارية.

فإن احتجوا بأن عمر رضي الله عنه وضع على الفقير المعتمل اثنى عشر وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الموسر ثمانية وأربعين.

قلنا: فعل ذاك على ما وقع عليه الإنفاق كما شرط على أهل الشام مع الجزية ضيافة المسلمين ثلاثاً ثم لا يجب ذلك.

قالوا: حق مال يجب في كل حول فاختلف بقلة المال وكثرته كالزكاة.

قلنا: الزكاة لم تجب على الفقير المعتمل ولأن الزكاة تجب على سبيل المواساة فاختلف باختلاف المال وهذا يجب على سبيل العوض فلم يختلف ولهذا تزداد الزكاة بزيادة المال ولا تزداد الجزية فصار كزكاة الفطر.

مسألة: تجب الجزية على الفقير في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة لا تجب على غير المعتمل.

لنا: أنه مشرك مكلف فلم يعقد له الذمة من غير جزية كالمعتمل أو مشرك يجوز قتله في الأسر فلم تعقد له الذمة من غير جزية كالموسر ولأنه عوض فأشبه الثمن والأجرة.

فإن احتجوا بأن عمر لم يضرب على غير المعتمل.

قلنا: إنما لم يذكر لأن ذلك نادر والغالب الطبقات الثالث.

قالوا: حق مال يتعلق بالحول لفم يجب على الفقير غير المعتمل كالزكاة.

قلنا: فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالزكاة والفرق ما تقدم في **المسألة** قبلها.

قالوا: أحد الخراجين فلم يحمل على ما لا طلقة فيه كخراج الأرض.

قلنا: خراج الأرض عوض عن المنفعة ولا منفعة فيما لا يمكن زراعتها والجزية عوض عن الحقن والمساكن وقد حصل ذلك للفقير فاستحق عليه.

مسألة: تجب الجزية في آخر كل سنة.

وقال أبو حنيفة: تجب في أول كل سنة.

لنا: أنه مال يتكرر بتكرار الحول فوجب في آخر الحول كالزكاة.

قالوا: حق يتعلق بالرقبة فلا يتعلق وجوبه بآخر الحول كزكاة الفطر.

قلنا: ذاك لا يتعلق بالحول وإنما يتعلق بالفطر من رمضان وهذا يتعلق بالحول فهو كزكاة المال.

مسألة: لا تتداخل الجزية.

وقال أبو حنيفة: تتداخل.

لنا: هو أنه مال يتعلق وجوبه بالحول فلم يتداخل كالزكاة أو أحد الخراجين فأشبه خراج الأرض ولأنه عوض فهو كالأجرة.

قالوا: عقوبتان لله من جنس واحد فأشبه الحدود.

قلنا: لا نسلم أنه عقوبة بل هو عوض عن الحقن والمساكنة ولهذا لا تؤخذ إلا بالتراضي ولا نسلم أنها لله تعالى والمعنى في الأصل أنه عقوبة لله تعالى تتعلق بالبدن وهذا عوض فهو كسائر الأعواض.

مسألة: إذا وجبت عليه الجزية ثم مات أو أسلم لم تسقط عنه.

وقال أبو حنيفة: تسقط.

لنا: أنه مال وجب في حال الكفر فلم يسقط بالإسلام كسائر الديون ولأنه أحد الخراجين فأشبه خراج الأرض ولأنه عوض فأشبه الأجرة والثمن ولأنه حق مال يقرُّ به الكافر فلا يسقط ما وجب منه بالإسلام كالاسترقاق.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج**».

قلنا: نحمله على مالم يتقدم وجوبه كما قالوا في خراج الأرض.

قالوا: عقوبة تجب بالكفر بدليل أنه لا يجب على ما لم تجب عليه عقوبة الكفر وهم النساء والصبيان فسقط بالإسلام كالقتل.

قلنا: لا نسلم أنه عقوبة بل هو عوض عن الحقن والمساكنة ولهذا لا يجوز إلا بالتراضي ثم يبطل بالاسترقاق فإنه عقوبة لا يستحق به رقبته ويبطل به أملاكه ثم إذا أثبت له في أهل حضر لم يسقط بالإسلام والقتل للإصرار على الكفر في الحال والجزية للكفر الذي مضى ولهذا يؤخذ بعد الحول ولهذا تقول إن أسلمت وإلا قتلناك ويقول إن أديت الجزية وإلا لم نسكنك في دارنا ولأن القتل عقوبة محضة فأسرع إليها السقوط وهذا فيه معنى المال فلم يسرع إليه السقوط.

قالوا: الجزية وجبت على جهة الصغار ولهذا لا يبتدأ بها المسلم ولهذا قال ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ (التوبة: من الآية٢٩) ولا يمكن استيفاؤها على هذا الوجه بعد الإسلام وبعد الموت.

قلنا: لا نسلم أنه على جهة الصغار بل هو معاوضة بالمراضاة وإنما لم يبتدأ بها المسلم لأنه ملك الدار كالمستأجر إذا اشترى الدار وقوله ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ (التوبة: من الآية ٢٩) أي ملتزمون لأحكامنا، ولأنه يبطل به إذا ضمنها مسلم عن ذمي فإنه لا يمكن استيفاؤها على الوجه الذي يوجب ثم يستوفى، ولأن فيه معنى الصغار ومعنى الديون فإذا فقد الصغار بقي معنى الديون كالحد يجب على سبيل العقوبة وفيه معنى التطهير فإذا فقد العقوبة بالتوبة استوفى في للتطهير.

مسألة: إذا ضرب الخراج على أرض كافر ثم أسلم سقط ذلك عنه.

وقال أبو حنيفة: لا يسقط.

لنا: هو أنه مال مأخوذ من الكافر لحقن دمه والإقرار على الكفر فسقط بالإسلام كجزية الرقاب.

قالوا: خراج موضوع على الأرض فأشبه خراج السواد.

قلنا: ذاك عوض عن المنافع في أحد الوجهين أو ثمن عن رقبة الأرض في الوجه الآخر وهذا جزية يحقن بها دماؤهم فهي كجزية الرقاب.

مسألة: ما يؤخذ من نصارى العرب لا يؤخذ من نسائهم.

وقال أبو حنيفة: يؤخذ.

لنا: هو أنه مال يحقن به دم الكافر فأشبه الجزية الراتبة، ولأن ذاك جزية ولهذا روي

أنهم لما امتنعوا من دفع ذلك بهذا الاسم قال عمر هؤلاء قوم حمقى أبوا الاسم وأعطوا المعنى فأشبه سائر الجزى.

قالوا: إن هذا يجرى مجرى الزكاة بدليل أنه يعتبر فيه الحول والنصاب فأشبه سائر الزكوات.

قلنا: لا نسلم فإن الزكاة طهرة للمسلمين وهذا يؤخذ لحقن دماء الكفار واعتبار النصاب لا يدل على أنه كالزكاة كما أن اعتبار الحول في الجزية الراتبة لا يدل على أنها كالزكاة.

مسألة: إذا امتنع الذمي من آداء الجزية انتقصت ذمته.

وقال أبو حنيفة: إن كان ذلك من جماعة كثيرة لم ينتقص.

لنا: هو أنه امتنع من آداء الجزية فانتقصت ذمته كما لو كان في جماعة كثيرة ولأنه ترك ما به حقن دمه فأشبه المسلم إذا ارتد.

قالوا: دين يمكن إجباره على إيفائه فأشبه سائر الديون.

قلنا: سائر الديون لم يحقن بها دمه وهذا حقن به دمه ولهذا إذا امتنع المسلم من قضاء الديون لم يبطل إسلامه ولو امتنع من الشهادتين بطل.

مسألة: إذا ذكر الذمي كتاب الله بما لا ينبغى أو شتم رسول الله ﷺ انتقضت ذمته ومن أصحابنا من قال إن شرط أن يذكر ولا يسب انتقض وإن لم يشرط لم ينتقض.

وقال أبو حنيفة: لا ينتقض.

لنا: ما روي أن رجلا قال لأبي عمر سمعت راهباً شتم رسول الله ﷺ فقال لو سمعته إنا لم نعطه وفاء لم نعطه الأمان على ذلك، ولأنه معنى يحقن به دم الكافر فانتقض بشتم رسول الله ﷺ كالإيمان.

قالوا: روي أن رهطاً من اليهود دخلوا على النبى ﷺ فقالوا له عليك السّام.

قلنا: كان هذا قبل أن يقوى الإسلام ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها ألم تسمع ما قالوا؟ فقال: «**قد قلت وعليكم**» ثم قال: «**يا عائشة مهلاً فإن الله يحب الرفق في الأمر كله**»[1]، ثم عارضه أن يهودية سبته فأمر بقتلها.

قالوا: لا يقتلون بقولهم الله ثالث ثلاثة فبسب النبى ﷺ أولى.

قلنا: لأن عقد الذمة عقد لهم على ذلك ولم يعقد على شتم الرسول ﷺ.

(١) أخرجه مسلم (١٧٠٦/٤) ح (٢١٦٥).

مسألة: لا يؤخذ من تجار أهل الحرب شيء إذا دخلوا بأمان إلا بأن يشترط عليهم[(١)].

وقال أبو حنيفة: إن أخذوا من تجارتنا أخذنا من تجارتهم[(٢)].

لنا: هو أنه مال لم يشترط عليهم في الأمان فلم يؤخذ منهم كما لو لم يأخذوا منا ولأنه لو جاز الأخذ لجاز وإن لم يأخذوا كالجزية.

فإن احتجوا بأن عمر كتب إلى عماله أن يأخذوا من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر ومن أهل الحرب العشر.

قلنا: هم يضمرون إذا أخذوا منا ونحن نضمر إذا شرط ذلك عليهم.

قالوا: إذا أخذوا فقد رضوا بأن يؤخذ منهم.

قلنا: لو كان كذلك لوجب إذا غدروا في أمانهم أن نغدر في أماننا.

مسألة: لا يمكن الذمي من استيطان الحجاز.

وقال أبو حنيفة: يمكن.

لنا: قوله ﷺ «**لا يجتمع دينان في جزيرة العرب**»[(٣)]، ولأن عمر أجلاهم، وأتى نصارى نجران إلى علي رضي الله عنه ليقرهم وقالوا الكتاب بيدك والحق على لسانك فقال ما أنا بناقض أمراً رآه عمر.

قالوا: لو لم يجز لهم الاستيطان لم يجز لتجارهم الدخول كما قلتم في الحرم.

قلنا: الحرم أعظم حرمة فمنع منه الجميع والحجاز دونه فمنع الاستيطان دون الدخول.

مسائل السبق والرمي

مسألة: المسابقة على المال يلزم بمجرد العقد في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم إلا بالفعل.

لنا: هو أنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض وما في مقابلته معلومين فأشبه

---

(١) الإفصاح (٢/٢٣٥)، ووافق الشافعية أحمد، انظر: شرح المهذب (٢/٢٤٦)، المغني والشرح الكبير (١٠/٤٨٧).

(٢) الإفصاح (٢/٢٣٥)، ووافق الأحناف مالك، انظر: الاختيار (٣/٣٢٨)، حاشية الدسوقي (٢/١٩٣).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/٢٠٨)، والإمام مالك في موطئه (٢/٨٩٢) ح (١٥٨٤).

عقد الإجارة، ولأنه مال يجوز أخذ الرهن والضمان به فأشبه سائر الديون ولأنه لو لم يلزم بطل المقصود به ولم يدخل فيه أحد لأنه إذا أشرف على غلب صاحبه فسخه.

قالوا: مال مبذول في مقابلة مالا يرجع نفعه إليه فلم يلزم كما إذا قال طلق امرأتك على ألف.

قلنا: لا نسلم بل له فيه منفعة وهو الإعداد للغزو فهو كما لو استأجر من يكنس مسجداً، والمعنى فى الأصل أنه ليس في الرجوع إبطال عمل العامل وهاهنا بخلافه ولأن هناك لو بذل في مقابلة مجهول وهو طلاق أحد نسائه جاز وهاهنا لا يجوز.

مسألة: لا يجوز بذل المال على المسابقة على الأقدام(١)، ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو قول أبي حنيفة (٢).

لنا: قوله ﷺ «**لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر**»(٣)، ولأنه لا يحتاج إلى تعليم فلا يصح بذل المال فيه كالصياح.

قالوا: قد يقاتل راجلا وفارساً فإذا جاز على الخيل جاز على الأقدام.

قلنا: ذاك يحتاج إلى تعلم وهذا لا يحتاج لأنه يقدر عليه كل من صحت خلقته فلا يجوز بذل المال في مقابلته.

مسألة: لا يجوز بذل المال عن الصراع ومن أصحابنا من قال يجوز وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

لنا: أنه ليس ماله للحرب في العادة فأشبه الصياح.

قالوا: روي أن النبي ﷺ صارع ابن يزيد بن ركانة على شاة فصرعه.

قلنا: إنما فعل لأنه عام أن يدعوه ذلك إلى الإسلام لاعتقاده أنه لا يقدر أحد على مصارعته ولهذا أسلم فرد عليه ما أخذه منه.

مسألة: إذا شرط في المسابقة أن من غلب أطعم أصحابه فسد العقد، ومن أصحابنا من خرج أنه لا يفسد العقد وهو قول أبي حنيفة.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٦٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٩)، المغني (١١/١٢٧)، روضة الطالبين (١٠/٣٥١).

(٢) الإفصاح (٢/٢٦٠).

(٣) أخرجه الترمذي (٤/٢٠٥) ح (١٧٠٠) وحسنه، والنسائي في الكبرى (٣/٤١) ح (٤٤٢٧)، وابن الجعد في مسنده (١/٤٠٥) ح (٢٧٥٩).

لنا: أنه تمليك شرط فيه ما يمنع كمال التصرف فإذا بطل الشروط بطل العقد كما لو باعه مأكولا بشرط أن يطعم أصحابه.

قالوا: عوض فى عقد يصح من غير العوض فلا يبطل بهذا الشرط كما لو أصدقها ألفاً على أن يكون نصفها لأبيها.

قلنا: من أصحابنا نقل جوابه في السبق إلى الصداق جوابه في الصداق السبق وجعلهما على قولين وإن سلم فلأن المهر آكد ألا تراه يثبت من غير شرط ويصح العقد مع الجهل بالصداق ولا تصح المسابقة.

كتاب أدب القضاء

مسألة: لا يجوز أن يكون القاضي عاميا [١].

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: يجوز [٢].

لنا: قوله ﷺ «**القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار فيه فهو في النار ورجل قضى على جهل فهو في النار**» ولأنه لا يجوز أن يكون مفتياً فلا يجوز أن يكون حاكماً كالكافر، ولأنه غير عالم بطرق الأحكام فلم يجز قضاؤه كما لو قضى من غير سؤال.

قالوا: يجوز أن يكون شاهداً فأشبه العالم.

قلنا: يبطل بالكافر، ولأن الشاهد يحتاج إلى ما يدرك به المشهود به وذلك معه والحاكم يحتاج إلى ما يدرك به الحكم وذلك ليس معه.

قالوا: إذا جاز أن يحكم بقول الشهود ويقوم المقوم وإن لم يعرف كيف أدركوا جاز أن يحكم بقول العلماء وإن لم يعلم كيف أفتوه.

قلنا: يجوز أن يجهل طريق الشهادة والتقويم ولا يجوز أن يجهل طريق الحكم كما نقول في المغني.

مسألة: لا يجوز للحاكم أن يقلد غيره فى الحكم.

وقال أصحاب أبي حنيفة: يجوز أن يقلد من هو أعلم منه.

لنا: هو أنه من جاز ترك قوله باجتهاده لم يجز ترك اجتهاده بقوله كما لو كان مثله

---

(١) الإفصاح (٢/٢٧٩).

(٢) الإفصاح (٢/٢٧٩)، انظر: الهداية (٣/١١٢).

ولأن من لا يجوز أن يقلد مثله لم يجز له تقليد من هو أعلم منه كالمجتهد في القبلة، ولأنه يساويه في طرق الحكم فلا يجوز أن يقلده فيه كما نقول في العقليات.

فإن احتجوا بأن عبد الرحمن بن عوف دعا عثمان إلى تقليد أبي بكر وعمر رضي الله عنه في البيعة فأجاب فبايعه.

قلنا: ما دعاه إلى تقليدهما وإنما دعاه إلى سيرتهما في حفظ البيعة والدليل عليه أن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهما يختلفان في الأحكام فلا يجوز أن يدعوه إلى تقليدهما.

قالوا: الاجتهاد مزية لأنه منة على علم ولاجتهاد الأعلم مزية لقوة علمه فتساويا فتخير بينهما.

قلنا: يبطل بالمجتهدين في القبلة إذا كان أحدهما أعلم ولأنه من اجتهاده على علم وليس من اجتهاد الأعلم على علم فوجب تقديم اجتهاده.

مسألة: لا يجوز أن تكون المرأة قاضية [١].

وقال أبو حنيفة: يجوز فيما نقبل شهادتها فيه [٢].

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم «**ما أفلح قوم وليتهم امرأة**»، ولأن من لا يجوز أن يكون قاضياً في الحدود لم يجز أن يكون قاضياً في غيرها كالصبي، ولأنه نقص يمنع الإمامة فمنع القضاء كالرق ولأنها إن برزت افتتن بها وإن استترت لم تعرف فلم تصلح للقضاء.

قالوا: من جاز أن يكون شاهداً في حق جاز أن يكون قاضياً فيه كالرجل.

قلنا: الكافر عندهم يجوز أن يكون شاهداً على الكافر ولا يجوز أن يكون حاكماً ثم هي شاهدة على وجه التبع على النصف من الرجل فلا تساويه في القضاء.

قالوا: ولاية خاصة فأشبهت الوصية.

قلنا: الوصية تصح للعبد والأعمى عندهم ولا يصح أن يولى القضاء.

مسألة: لا يصح التحكيم في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يصح.

لنا: أنه حكم من أحكام الإمامة فلا يجوز الافتيات عليه فيه كأخذ الخراج وتجهيز الجيوش وإقامة الحدود، ولأن عندهم يجوز لحاكم البلد نقض ذلك إذا لم يوافق مذهبه وإن

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: شرح ميارة على تحفة الحكام (١/١١)، روضة الطالبين (١١/٩٥)، المغني (١١/٣٨٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٨١)، انظر: الهداية (٣/١١٨).

لم يكن مخالفاً لدليل مقطوع به فأشبه تحكيم العبد والصبي.

قالوا: روي أن عمر وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت.

قلنا: زيد صار حاكما بتولية الإمام وهو عمر رضوان الله عليه.

قالوا: هذه كالعقد المعقود في حق الغير فوقف على إجازته وفسخه.

قلنا: لا يجوز الوقف ولأنه لو كان كالعقود لجاز له فسخه وإن وافق رأيه.

مسألة: يكره للقاضي أن يقصد الجلوس في المسجد للقضاء (١).

وقال أبو حنيفة: لا يكره (٢).

لنا: هو أنه يحضره الحائض والجنب والصبى والمجنون فنزه حريم المسجد عن ذلك ولهذا روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا تقضِ في المسجد فإنه يأتيك الحائض والمشرك، ولأن الخصومة يحضرها اللغط والسفه وما لا يجوز مثله في المساجد فلم يجز في المسجد ولهذا روى جابر أن النبى ﷺ سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال: «**لا وجدت**»(٣) وذلك أنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات.

قالوا: روي أن عمر وعثمان وعلياً رضى الله عنهم قضوا في المسجد.

قلنا: ذلك كان اتفاقاً.

قالوا: موضع يجوز الجلوس فيه للتدريس والفتيا فجاز للقضاء كغيره.

قلنا: ليس في التدريس والفتيا لغط ولا سفه وفي الخصومة لغط وسفه.

قالوا: موضع لا يكره فيه القضاء إذا اتفق فلم يكره الجلوس فيه للقضاء كغيره.

قلنا: يجوز البيع والشراء في المسجد إذا اتفق ولا يجوز الجلوس فيه للبيع والشراء.

مسألة: يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه (٤).

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨١)، روضة الطالبين (١١/١٣٨).

(٢) الإفصاح (٢/٢٨١)، ووافق الأحناف مالك وأحمد انظر: الهداية (٣/١١٤)، شرح ميارة على تحفة الحكام (١/١٣)، المغني (١١/٣٩٧).

(٣) أخرجه أبو عوانة في مسنده (١/٣٤٠) ح (١٢١٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢/١٨٢) ح (٧٩٠٤)، والطبراني في الأوسط (٨/١٩٥) ح (٧٣٨٢)، والبزار في مسنده (٣/٣٦٧) ح (١١٦٧)، والطبراني في الكبير (٢/١٠٣) ح (١٤٥٤).

(٤) الإفصاح (٢/٢٨٨)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٣٩)، روضة الطالبين (١١/١٤٢)، المغني (١١/٤٣٩).

وقال أبو حنيفة: لا يكره [1].

لنا: قوله ﷺ «**ما عدل وال اتجر في رعيته**»[2] وقال شريح شرط عليّ عمر «أن لا أبيع ولا أشترى ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان ولأن ذاك يقطع عن التوفق على القضاء ولأنه يحابا فيصير كالمتهب ويكره له الاتهاب.

قالوا: عقد فلا يكره له كالنكاح.

قلنا: ذاك لا يكره فيشغله عن القضاء ولا يقصد به المال فيحابى فيه ولأنه لا يمكنه أن يستعين بغيره في النكاح إذ لا بد من تعينه فأجيز للضرورة بخلاف غيره.

مسألة: البحث عن عدالة الشهود واجب [3].

وقال أبو حنيفة: لا يجب إلا في الحدود والقصاص [4].

لنا: قوله عز وجل: ﴿**مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ (البقرة: من الآية٢٨٢) ولا يعلم الرضا قبل البحث وشهد رجلان عند عمر فقال لا أعرفكما ولا يضركما أن لا أعرفكما جيئا بمن يعرفكما فجاءا برجل فقال: أتعرفهما قال: نعم فقال: كنت جارهما فتعرف صباحهما ومساهما فقال: لا، فقال: أكنت معهما في السفر الذي يعرف به جواهر الناس فقال لا، فقال أعاملتهما بالدراهم والدنانير التي يقطع بها الأرحام فقال: لا قال يا ابن أخي لا تعرفهما جيئا بمن يعرفكما فلو لم يجب البحث لم يؤخر الحكم ولأنه حكم بشهادة فلم يجز قبل البحث عن العدالة كالحكم في الحد والقصاص.

فإن قيل: ذاك إذا وقع لم يمكن تلافيه.

قيل: الوطء في النكاح أيضاً لا يمكن تلافيه والاحتياط كالاحتياط في الحد وأشد ولأن الجميع يثبت عنده بملك واحد مع هذا الفرق ولأنه عدالة وجب السؤال عنها إذا طعن فيها فوجب من غير طعن كالعدالة في شهود الحد ولأنه سؤال يلزم في شهود الحد فيلزم في شهود المال كالسؤال عن إسلامه.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨٨)، انظر: الفتاوي الهندية (٣/٣٢٨).

(٢) أخرجه الطبراني في مسند الشاميين (٢/٢٧٢) ح (١٣٢٢)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٥/١٥٩) ح (٢٦٩٧).

(٣) الإفصاح (٢/٢٨١، ٢٨٢)، ووافق الشافعية مالك وأحمد. انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٩٥٧ – ٩٥٨)، روضة الطالبين (١١/١٦٨مغني المحتاج (٤/٤٠٣)، المغني (١١/٤٢٣).

(٤) الإفصاح (٢/٢٨١، ٢٨٢)، انظر: الفتاوي الهندية (٣/٣٧٠).

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ﴾ (البقرة: من الآية١٤٣).

قلنا: قد قيل في التفسير إن المراد أن هذه الأمة تشهد يوم القيامة على سائر الأمم بالتكذيب.

قيل: إن المراد به أنهم شهداء فيما أجمعوا عليه ولهذا أضاف إلى جميع الأمة.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدود في فرية**»[1].

قلنا: المراد به إذا وافق الظاهر الباطن في العدالة كما قالوا في الحد.

فإن احتجوا بأن أعرابياً شهد برؤية الهلال فسأله النبي ﷺ عن إسلامه ثم أمر بالصوم.

قلنا: لعله سأل عن عدالته ولم ينقل لأنه سئل عنه سراً، ولأن المسلمين في زمن النبى ﷺ كانوا عدولاً.

قالوا: ما قيل فيه قول النساء لم يجب البحث عن العدالة فيه كإخبار الرسول.

قلنا: إلا أنه بمنزلة مالا يقبل فيه قول النساء في اعتبار العدالة فكان كهو في البحث عن العدالة والأصل غير مسلم وإن سلم فلأن الإخبار يقبل من العبيد ويقبل من غير لفظ الشهادة ويقبل فيه العنعنة ويقبل عندهم مع الإرسال بخلاف الشهادة.

قالوا: ما ثبت في الظاهر لم يجب السؤال فيه عن الباطن كالإسلام.

قلنا: باطن الإسلام لا يوقف عليه والعدالة يوقف عليها ولهذا لا يجب ذلك في الحدود ويجب هذا.

قالوا: الظاهر منه العدالة لأن المسلم لا يفعل ما يقدح في عدالته، ولأن الأصل العدالة وأنه لم يرتكب ما يفسق به فلا يجب السؤال عنه كالفقر في دفع الزكاة إليه والماء في الطهارة.

قلنا: لا نسلم أن الظاهر العدالة فإن المسلم قد يفعل ما يقدح في عدالته وهو الأكثر ولا نسلم أن الأصل العدالة فإن الصبي لا يوصف بالعدالة بل الظاهر من أفعاله السفه والكذب وإنما يكتسب العدالة بالأفعال بعد البلوغ وذلك غير معلوم قبل البحث ويخالف الفقر والماء فإن الأصل عدم المال وطهارة الماء، ولأنه يبطل بالحدود ولأن الظاهر من

---

(١) تقدم تخريجه.

الدار أيضاً الإسلام ثم يجب السؤال عنه إذا جهله.

قالوا: لو وجب البحث لوجب في شهود النكاح عندكم.

قلنا: من أصحابنا من أوجب وإن سلم فلأن ذاك يتولاه العامة ويشق عليهم البحث والحكم عند الحاكم ولا مشقة عليه في ذلك.

مسألة: لا يقبل الترجمة والجرح والتزكية من واحد.

وقال أبو حنيفة: تقبل.

لنا: هو أن الترجمة إثباتاً قرار عند الحاكم فأشبه الشهادة على الإقرار، أو شهد عند الحاكم فأشبه الشهادة على الشهادة، والدليل في الجرح أنه صفة في الشاهد ترد به الشهادة فلا يثبت بقول واحد كالرق ولأن الجرح يقدم على التزكية فلو قبل من واحد لقدم على تعديل اثنين.

قالوا: يجري مجرى الأخبار بدليل أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ويقبل من الولد لولده ويقبل فيه قول أصحاب المسائل.

قلنا: بل هو كالشهادة بدليل أنه لا يقبل تزكيته لخصمه ولا يقبل ممن بدأ به قبل أن يسأل ولا يستوي فيه الشاهد وغيره بخلاف الأخبار، ولفظ الشهادة يعتبر فيه عندنا ولا يقبل من الوالد لولده وفي قول أصحاب المسائل وجهان.

قال أبو إسحق: لا يكفي ذلك حتى يحضر المزكي ويشهد.

وقال أبو سعيد: يكفي قول الرسول لأن المزكي لا يلزمه الحضور للشهادة بذلك فاكتفي بقول الرسول للحاجة.

مسألة: لا يقبل الجرح إلا مفسرًا.

وقال أبو حنيفة: يكفي أن يقال هو فاسق أو مردود.

لنا: هو أنه لم يثبت فسقه عند الحاكم فأشبه إذا قال رأيته يشرب النبيذ، والدليل على الوصف أنه يجوز أن يكون رأى منه ما هو فسق عنده وليس بفسق عند الحاكم.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**من ستر على مسلم ستر الله عليه يوم القيامة**»[1].

قلنا: أراد إذا لم تدع الحاجة إلى الكشف ولهذا قال ﷺ «**اذكروا الفاسق بما فيه حده الناس**».

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/٣٤) ح (١٤٢٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/٢٠١) ح (١١٩٠٨)، وأبو داود (٤/٢٨٧) ح (٤٩٤٦)، والنسائي في الكبرى (٤/٣٠٩) ح (٧٢٨٨).

قالوا: ذكر ما يوجب الرد فأشبه إذا قال رأيته يشرب الخمر.

قلنا: ذكر ما يوجب الرد والاعتبار بما يوجب الرد عند الحاكم.

قالوا: في التزكية يكفي أن يقول هو عدل فكذلك في الجرح يكفي أن يقول هو فاسق.

قلنا: لأن ما يصير به عدلا يشق ذكره لكثرته وما يصير به فاسقا لا يشق.

قالوا: لو كلفناه البيان ألزمناه أن يقذفه.

قلنا: القذف ما قصد به إلحاق المعرة وهاهنا قصد الشهادة ودفع الظلم ولهذا يجوز أن يقول هاهنا هو فاسق ولا يجوز في غيره.

مسألة: يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في أحد القولين ولا يجوز في الآخر [١].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا بما علمه في بلد القضاء بعد الولاية [٢].

لنا: ما روى أبو سعيد الخدري قال: لا يمنع أحدكم هبته الناس أن يقول في حق إذا رآه وسمعه، ولأنه علم صدق المدعي فيما يدعيه فجاز له الحكم به عند المطالبة كما لو علمه بعد القضاء في بلد الحكم.

قالوا: الحكم مرة بالعلم ومرة بالبينة ثم الحكم بالبينة يختص بما سمع بعد الولاية في بلد القضاء فكذلك الحكم بالعلم.

قلنا: لأن سماع البينة لا يصح قبل الدعوى والدعوى لا تصح في غير بلد القضاء والعلم يصح قبل الدعوى فصار كالعلم بفسق الشهود وحكم القضية، ولأن ما يسمع قبل القضاء ليس ببينة ولهذا من سمع رجلاً يشهد لم يجز أن يشهد على شهادته إلا عند القاضي وما يعلمه قبل القضاء علم.

قالوا: ما علمه قبل القضاء علم شهادة فلا يصير علم قضاء.

قلنا: لا يمتنع ذلك كما أن علمه بعد القضاء علم قضاء ثم إذا عزل يصير على شهادة وما سمع في الصغر والرق ليس بشهادة ثم يصير بالبلوغ والعتق علم شهادة.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨٧، ٢٨٨)، انظر: المغني والشرح الكبير (١١/٤٧٧).

(٢) الإفصاح (٢/٢٨٧، ٢٨٨)، ووافق الأحناف مالك وأحمد والشافعي (في الرواية الأخرى)، انظر: المدونة (٣/١٥٠٢)، المدونة (٤/٧٨)، المغني لابن قدامة (١١/٤٠٠)، المغني والشرح الكبير (١١/٤٧٧)، والفتاوي الهندية (٣/٣٣٩- ٣٤٠).

مسألة: يجوز القضاء على الغائب [١].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [٢].

لنا: أنه حال يجوز فيها سماع البينة على المدعى عليه فجاز الحكم بها عليه كحال الحضور.

فإن قيل: لا نسلم أن ذلك بينة بل هو يحمل شهادة على شهادة.

قيل: لو كان كذلك لافتقر إلى العدة وافتقر إلى لفظ الشهادة ولأنه تعذر الوصول إلى إقراره المدعى عليه فجاز أن يحكم عليه بالبينة كما لو حضر فسكت.

فإن قيل: ذاك ظالم متعنت.

قيل: ومن هرب من المجلس واختبى ظالم متعنت ثم لا يقضى عليه عندهم، ولأنه يفرض ممن سمع عليه البينة ثم غاب فيقول حجة فى إثبات حق فغيبته لا تمنع من الحكم بها كالإقرار، ولأن من لا يعتبر رضاه في الحكم عليه لم يعتبر حضوره كأحد الورثة والبائع في الشفعة والمضمون عنه في الضمان.

فإن احتجوا بقوله ﷺ لعلي رضي الله عنه «**لا تحكم لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر**».

قلنا: روي في هذا الخبر إذا جلس إليك الخصمان فلا تحكم لأحدهما حتى تسمع من الآخر، ولأن قوله حتى تسمع من الآخر يقتضي أن يكون حاضراً يمكن السماع منه.

قالوا: البينة لإقامة الحجة على المنكر ولا حاجة إلى ذلك قبل الإنكار فلم يقضِ بها كما لو كان حاضراً.

قلنا: لا نسلم بل البينة لتثبيت صدقه عند الحاكم وذلك يحتاج إليه إذا غاب ولأن عندهم لو أنكر ثم غاب لم تسمع أيضاً فلم يؤثر ولأنه يبطل به إذا اسكت وفي الأصل وجهان ثم هناك يستغني بالإقرار عن البينة وتعديلها وهاهنا لا يستغنى ولهذا لا يقضي بالبينة إذا أقر ويقضي بها إذا سكت وتسمع الشهادة على الشهادة إذا غاب شهود الأصل ولا تسمع إذا حضروا.

قالوا: لا يجب القضاء للغائب فلا يجوز القضاء عليه.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨٦، ٢٨٧)، ووافق الشافعية أحمد (في رواية)، انظر: روضة الطالبين (٢/١٧٥-١٩٦)، المغني (١١/٤٨٥- ٤٨٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٨٦، ٢٨٧)، انظر: الفتاوي الهندية (٣/٤٣٣).

قلنا: لأن ذاك حق له فلا يوفى قبل الحضور وهذا حق عليه فاستوفى عليه ولهذا لا يقضى له إذا حضر إلا برضاه ويقضى عليه من غير رضاه ولهذا لا يسمع بينته قبل حضوره ويسمع البينة عليه قبل حضوره.

قالوا: حجة أحد الخصمين فلا يقضى بها مع غيبة الآخر كاليمين.

قلنا: اليمين حق للمدعي ولهذا لو حضر لم تسمع حتى يطلب والبينة ليس بحق للمدعى عليه ولهذا تسمع وإن لم يطلب.

قالوا: فيما قلتم تفضيل أحد الخصمين وترك التسوية بينهما.

قلنا: وفيما قلتم تأخير حق أحد الخصمين مع حضور حجته ثم الحاكم يحتاط للغائب باليمين وبالكفيل في أحد الوجهين، ولأنه حجة الغائب متوهمة فلا يجوز دفع حجة الحاضر بحجة متوهمة ولأن الغائب ترك حقه باختياره فلا يترك حق من حضر ولأنه إذا قدم فهو على حجته فلا يضره الحكم.

مسألة: إذا حكم بشهادة زور لم ينفذ الحكم.

وقال أبو حنيفة: ينفذ في العقود والفسوخ.

لنا: قوله عز وجل: ﴿**وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ**﴾ (البقرة: من الآية١٨٨)، وروت أم سلمة أن النبي ﷺ «**قال إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار**»، ولأنه حكم بشهادة زور فلا ينفذ باطنا كالحكم في المال ولأنه إذا لم ينفذ في المال ففي البضع أولى.

فإن قيل: لا ولاية له في نقل المال وله ولاية في العقد والفسخ.

قيل: ولا ولاية له في إمضاء مالم يكن وهاهنا يمضى أمراً لم يكن ولأن له ولاية في العقد والفسخ عند تعذره بجنون أو صغر فأما من غير عذر فلا ولاية له ولأنه حكم بشهادة باطلة في الباطن فوجب رده كما لو حكم بشهادة كافرين أو عبدين ولأن من عرف بطلان دعواه من نفسه، لم ينفذ لقضائه له كما لو ادعى القصاص أو نكاح أخته من الرضاع.

قالوا: روي أن رجلاً ادعى نكاح إمرأة عند علي رضي الله عنه وأقام عليه شاهدين فقالت والله ما تزوجنى يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقداً أحل له فقال شاهداك زوجاك.

قلنا: لا يعرف هذا ولأن عندهم الحاكم زَوَّجْها لا الشاهدان، ولأن شريحاً يخالف وروي أنه كان يقول للخصم إن قضائى لا يبيح لك ما هو حرام عليك.

قالوا: ما ملك إنشاء ونفذ حكمه فيه ظاهراً نفذ باطناً كفرقة اللعان وفسخ البيع بين المتبايعين إذا تخالفا.

قلنا: في المتبايعين وجهان وإن أسلم فالمعنى فيه وفي اللعان أنه حكم بسبب صحيح وهو اللعان والتخالف عند الجحود وهذا حكم بما شهدا به وهو باطل في الباطن.

قالوا: مالا طريق إلى معرفته بالحجج الموضوعة له نفذ حكمه فيه كما لو حكم له بما يسوغ فيه الاجتهاد.

قلنا: ذاك لا يقطع المشهود له ببطلانه فلا يرده باجتهاده وهذا يقطع المشهود له ببطلانه فلزمه رده كما لو حكم بخلاف النص.

مسألة: وإذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان له فسقهما نقض الحكم.

وقال أبو حنيفة: لا ينقض.

لنا: أنه معنى يمنع الحكم بشهادته فيختص به الحكم كالرق والكفر، ولأنه إذا نقض الحكم للرق وهو غير منصوص ولا يجمع عليه فبالفسق أولى.

قالوا: الفسق لا يسمع فيه الدعوى ولا البينة ولا يحكم به وإلا ينقض بما لا يحكم به.

قلنا: عند الحاجة يسمع فيه الدعوى والبينة ويحكم به غير أنه لا يسجل به لأنه يملك نقضه بالتوبة فلم يعمل فيه الأسجال.

مسألة: لا يجوز أن يكون في موضع واحد قاضيان.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

لنا: أن ذلك يؤدي إلى وقف الخصومات فإنهما يختلفان في الاجتهاد فيرى أحدهما مالا يرى الآخر.

قالوا: ولاية خاصة فجاز أن يجعل إلى اثنين كالوصية والوكالة.

قلنا: المرجع في ذلك إلى المصلحة وذلك لا يختلف والمرجع هاهنا إلى الاجتهاد وهما يختلفان.

مسألة: إذا كان في البلد قاضيان فكتب أحدهما إلى الآخر بما ثبت عنده لم يحكم به.

وقال أبو حنيفة: يحكم.

لنا: أنه حكم بما يقوم مقام الغير فلم يجز من غير عذر كالحكم بشهادة شهود الفرع مع حضور شهود الأصل.

قالوا: كتاب بما ثبت عنده فأشبه إذا كان في بلد آخر.

قلنا: هناك تعذر حضور شهود الحق وهاهنا لم يتعذر ولهذا فرقنا بين الموضعين في الشهادة على الشهادة.

مسألة: إذا مات القاضي الكاتب أو عزل قبل وصول كتابه لم يبطل الكتاب.

وقال أبو حنيفة: يبطل.

لنا: أن القاضي فيما حمل شهود الكتاب بمنزلة شاهد الأصل فهم كشهود الفرع ثم لا يبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل فكذلك هذا.

قالوا: الكاتب بمنزلة شاهد الأصل والمكتوب إليه كشاهد الفرع وإذا مات شاهد الأصل قبل سماع شهادة شهود الفرع بطلت الشهادة فكذلك هاهنا.

قلنا: هناك لم يصح التحمل وهاهنا قد صح التحمل فهو كموت شاهد الأصل بعد سماع شهود الفرع.

مسألة: إذا مات المكتوب إليه أو عزل وولي غيره قبل الكتابة.

قال أبو حنيفة: لا يقبل.

لنا: أن شهادة شهود الكتابة شهادة يجوز للمكتوب إليه الحكم بها فجاز لغيره كالشهادة على الحق.

قالوا: المخاطب غيره فأشبه إذا حمل إلى غيره والمكتوب إليه حتى قلنا عندنا يحكم به.

مسائل القسام

مسألة: أجرة القسام على قدر الأنصباء [1].

وقال أبو حنيفة: على عدد الرؤوس [2].

لنا: أنه بموته لأجل مال مشترك فكانت على قدر الأملاك كنفقة البهائم.

قالوا: عمله لهما واحد فصار كأجرة تكتب الصك.

قلنا بل عمله لصاحب الأكثر أكثر لأن العمل هو الكيل أو الوزن أو الذرع وما يقع من ذلك لصاحب الأكثر أكثر بخلاف كتب الصك فإن الحروف لا تختلف لهما.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٨٤، ٢٨٥)، ووافق الشافعية مالك (في أحد روايتيه) وأحمد انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٨٧٧)، شرح المهذب (٢/٣٠٦)، المغني (١١/٥٠٧).

(٢) الإفصاح (٢/٢٨٤، ٢٨٥)، ووافق الأحناف مالك (في الرواية الأخرى) انظر: الاختيار (٣/٩٥-٩٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥٠٠) المعونة (٢/١٢٩٠).

مسألة: لا نقبل شهادة القاسم بالقسمة.

قال أبو سعيد: أن يتبرع.

قيل: وهو قول أبي حنيفة.

لنا: أنه شهد على فعل نفسه في حال لا يملك ذلك فأشبه القاضى إذا شهد على الحكم بعد العزل.

قالوا: غير مهم لأن فعله تعديل والقسمة تقع بالقرعة ولا فعل له في ذلك فصار كغيره.

قلنا: بل هو متهم لأنه يزكي نفسه في تعديل السهام وإخراج القرعة كالحاكم.

مسألة: لا تجب المهاباة.

وقال أبو حنيفة: تجب فيما لا ينقسم.

لنا: هو أنه مال مشترك فلا تجب المهاباة في منافعه كالأرض، ولأن حقه معجل فلا يجبر على تأخيره كالدين الحال.

قالوا: المنافع كالأعيان ثم تجب القسمة في الأعيان المحتملة للقسمة فكذلك في المنافع المحتملة للقسمة.

قلنا: ليس ذاك تأخير حقه وفي هذا تأخير حقه.

كتاب الدعوى والبينات

مسألة: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين ردت اليمين على المدعي[(١)].

وقال أبو حنيفة: لا ترد [(٢)].

لنا: ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق، وروي أنه استسلف المقداد من عثمان مالاً ثم تحاكما إلى عمر فقال عثمان: سبعة آلاف وقال المقداد: أربعة آلاف فقال المقداد: تحلف وتأخذ فقال عمر: أنصف احلف وخذ، وعن عليّ أنه قال: المدعى عليه أولى باليمين فإن نكل حلف صاحب الحق وأخذ وعن شريح أنه كان يرد اليمين قال سليمان بن حرب: هو قاضي عمر وعثمان وعلي ولأنه أحد

---

(١) الإفصاح (٢/٣٠١)، مغني المحتاج (٤/٤٦٥- ٤٦٧).

(٢) الإفصاح (٢/٣٠١)، ووافق الأحناف أحمد. انظر: بدائع الصنائع (٠٦/٢٣٠)، المغني لابن قدامة (١٢/١٢٤).

المتداعيين فجاز أن يكون اليمين في جنبته كالمدعى عليه ولأن المدعى عليه أحد المتداعيين فإذا فقد عن حجته ثبت اليمين في جنبه صاحبه المدعى.

فإن احتجوا بقوله ﷺ «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**»[1] فجعل جنبة اليمين في جنبة المدعى عليه.

قلنا: نحمله على يمين النفي.

قالوا: قول من جهة المدعي فلا يقضي به بدعواه وكيمينه قبل نكول المدعي عليه.

قلنا: الدعوى ليست بحجة واليمين حجة ولهذا لا يبرأ المدعى عليه بإنكاره ويبرأ بيمينه وقبل نكول المدعى عليه جنبته ضعيفة وبعد نكوله جنبته قوية فصار كالمدعى عليه، ولأن بينة المدعي لا تسمع قبل جحود المدعى عليه وتسمع بعده.

قالوا: البينة لا تنقل إلى المدعى عليه فكذلك اليمين لا ننقل إلى المدعي.

قلنا: لأن البينة على النفي المطلق يقطع بكذبهما أولا طريق للشهود إلى النفي على الإطلاق وفي اليمين له طريق إلى معرفة الإثبات والنفي فقبل فيهما ولهذا يسمع يمين المودَّع أنه رد الوديعة ولا تسمع بينة المودِّع أنه ما ردها.

مسألة: لا يقضى بنكول المدعى عليه.

وقال أبو حنيفة: يقضى إلا في القصاص في النفس.

لنا: أنه نكول عن اليمين فلا يقضي به كالدفعة الأولى، ولأن القصاص في الطرف أحد نوعي القصاص فلا يقضي فيه بالنكول كالقصاص في النفس ولأنه حجة أحد المتداعيين فقعوده عنها لا يوجب الحكم عليه للآخر كالبينة ولأنه معني من جهة المدعى عليه فلو قضى به في المال لقضى به في القصاص كالإقرار.

واحتجوا بأن زيد بن ثابت اشترى من ابن عمر عبداً بثمانمائة درهم فوجد به داء فتحاكما إلى عثمان فقال لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء فيه فنكل فرد العبد عليه، وروى ابن أبي مليكة أن ابن عباس كتب إليه في امرأتين ادعنت إحداهما على الأخرى أنها أصابت يدها بأشفاء فأنكرت أن حلفت فحل عنها وأن لم تحلف فضمنها.

قلنا: عثمان لم يقضِ بالنكاح بل العقد أوجب الرد وادعى ابن عمر البراءة فلما لم يثبت شرط البراءة بقى الرد بحكم العقد وقول ابن عباس وحده ليس بحجة.

قالوا: باليمين يثبت صدقه فيجب أن يثبت بالنكول كذبه فقضى عليه.

---

(١) تقدم تخريجه.

قلنا: يبطل بالقصاص ولأن اليمين وضعت للتصديق فثبت بها صدقه والنكول لم يوضع للكذب لأنه يحتمل أن يكون للتورع أو للترفع.

قالوا: هو مخير بين اليمين وبين البذل فإذا نكل فصار باذلا والبذل يصح في المال.

قلنا: بل هو مخير بين اليمين وبين رد اليمين ولأن النكول ليس ببذل ولهذا يجوز أن يقول لا أحلف ولا حق له ولأنه لو كان بذل لم يصح من العبد المأذون ولا من المريض فيما زاد على الثلث ولأن البذل تبرع إذ لو كان واجباً لوجب به القصاص لأن بذل الواجب في القصاص جائز فلا يلزم إلا بالقبض.

مسألة: تعرض اليمين في جميع الدعاوى.

وقال أبو حنيفة: لا تعرض في النكول والرجعة والفيئة في الإيلاء والرق والاستيلاد والولاء والنّسب وحد القذف.

لنا: أنه حق آدمي فأشبه سائر الحقوق ولأن ما صح فيه الدعوى صح فيه عرض اليمين كالقصاص.

قالوا: حد فلا يعرض فيه اليمين كسائر الحدود.

قلنا: اليمين تعرض ليخاف فيقر والحدود يلقن فيها الإنكار فلا يستخرج فيها الإقرار بالتخويف باليمين وهذا بخلافه.

قالوا: لو عرض اليمين لقضى بالنكول فيه وذلك بذل والبذل لا يصح في هذه الأشياء.

قلنا: لا نحكم عندنا بالنكول، ثم النكول ليس ببذل ثم هو بذل على جهة الاستحقاق ولهذا يلزم من غير قبض ويصح البذل في هذه الأشياء على جهة الاستحقاق، ولأن القصاص لا يجوز فيه البذل ولهذا لم يحكم فيه بالنكول ثم يعرض فيه اليمين.

مسألة: تغلظ اليمين بالمكان والزمان.

وقال أبو حنيفة: لا تغلظ.

لنا: قوله عز وجل: ﴿**تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ**﴾ (المائدة: من الآية١٠٦).

قيل: في التفسير بعد العصر وروي أن النبى ﷺ لاعن بين المتلاعنين على المنبر، وكتب أبو بكر الصديق رضوان الله عليه إلى المهاجر بن أميه أن ابعث إليّ بقيس بن مكشوح في وثاق أحلفه خمسين يمينا عند منبر رسول الله ﷺ فما أقبل ذلك منه، ورأى عبد الرحمن بن عوف قوماً يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دمٍ أو عظيم من المال؟

لقد خشيت أن ينهى الناس بهذا المقام ولأنه معنى يتغلظ به اليمين فجاز أن يستحق كالتغليظ بالعدد وباللفظ.

قالوا: يمين فأشبه اليمين فيما دون النصاب.

قلنا: التغليظ للروع فيجوز أن يستحق في قدر دون قدر كالقطع في السرقة والعدد يغلظ به في القتل ولا يغلظ فيما دونه.

قالوا: حجة فأشبه الشهادة.

قلنا: ذاك كحجة من جهة الغير فلم يتهم فيه وهذا حجة من جهته فتمكنت فيه التهمة.

قالوا: لو وجب لأعيدت اليمين إذا أخل به.

قلنا: في المكان يعاد في أحد القولين ثم يبطل بالتغليظ بالقول وهو الطالب الغالب.

مسألة: إذا تداعيا شيئا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة تعارضتا وسقطتا في أصح الأقوال ويقرع بينهما في الثاني وتوقف في الثالث ويقسم في الرابع وهو قول أبي حنيفة.

لنا: أنهما بينتان تعارضتا لا مزية لإحداهما على الأخرى فسقطتا كما لو كان ذلك في نكاح.

فإن قيل: البضع لا يمكن قسمته.

قيل: والدار لا يمكن أن يكون جميعها لكل واحد منهما أيضاً ولأن القسمة حكم يخالف البينتين فأشبه إذا حكم بها الثالث ولأنها شهادة أوقعت الشك في عين المالك منهما فأشبه إذا شهد شاهدان أن الدار لأحدهما.

احتجوا بما روى أبو موسى أن رجلين اختلفا إلى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه له فقضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين.

قلنا: روي وليس لواحد منهما بينة فتعارضا ولأنه يحتمل أنه كان في يدهما.

قالوا: تساويا في سبب الاستحقاق فيما يتبعض كما لو شهد اثنان أنه وصى لزيد بهذه الدار وآخران أنه وصى لعمرو.

قلنا: لأن هناك لا ينافي أحدهما الآخر فإنه يجوز أن يوصي بها لأحدهما ثم يوصي بها لآخر وهاهنا أحدهما ينافي الآخر فسقط.

مسألة: إذا تداعيا داراً في يد ثالث وأقام أحدهما بينة أنها له منذ سنتين والآخر بينة أنها له منذ سنة تعارضتا في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يقدم بينة الأقدم.

لنا: أنهما بينتان متعارضتان في الحال فأشبه المعلقتين ولأن الاعتبار بالملك في الحال ولهذا لو ادعى ملكاً في زمان ماضٍ لم يسمع دعواه في الحال سواء.

قالوا: إحداهما توجب الملك في زمان لا يعارضها في الأخرى فأشبه إذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بينه أنها له وأقام الآخر بينة أنها له نتجت في ملكه.

قلنا: لا نسلم الأصل في قول أبي العباس وان سلم في قول أبي إسحاق فلأن بينة النتاج دلت على الملك وعلى نسبه فقدمت كما لو ادعيا نسباً فشهدت بينة أحدهما بالولادة على فراشه وهاهنا بخلافه.

قالوا: لا معارض للأقدم فيما انفرد به فثبت له الملك فلا يملكه أحد إلا من جهته وليس معه الآخر بينة لأنه ملكه من جهته.

قلنا: الملك في الماضي تابع للملك في الحال يثبت بثبوته ويسقط بسقوطه ولهذا لا يجوز إفراده بالدعوى فإذا عارضته بينه الأحدث في الحال سقط في الحال وفي الماضى.

مسألة: تسمع بينة صاحب اليد ويقدم على بينة الآخر.

وقال أبو حنيفة: لا تسمع ولا يقدم إلا فيما لا يتكرر.

لنا: أنه أحد المتداعيين لا تسمع بينته فسمعت بينته كالمدعي، يؤكده أن الخارج سمعت بينته للحاجة إلى إثبات ملكه والداخل يحتاج إلى ذلك بعد بينة الخارج فسمعت بينته، ولأن من سمعت بينته من غير يد سمعت مع اليد كالنتاج ومالا يتكرر من النتاج ولأنهما استويا في البينة وانفرد أحدهما بالنذر فقدم صاحب اليد كالنتاج.

فإن قيل: هناك بينة كل واحد منهما أفادت أنه أول مالك ومع أحدهما يد فندم.

قيل: وهاهنا بينة كل واحد منهما أفادت فوجب أن يقدم من له اليد، ثم هذا يبطل إذا تداعيا طعاما وأقام كل واحد منهما بينة أنه له وأنه زرعه أو تداعيا أرضاً وأقام كل واحد منهما بينة أنها له وأنه أحياها.

فإن قيل: هناك تعارضت البينتان من كل وجه فعمل باليد.

قيل: وهاهنا أيضا تعارضتا في الحال فوجب أن يعمل باليد ثم لو كان للتعارض لوجب أن لا يقضى لصاحب اليد من غير يمين ولأن ما أسقط بينة الخصم في النتاج أسقط في غيره كالطعن.

فإن احتجوا لقوله ﷺ «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**» هو الذي لو سكت لترك وهو الخارج ولأنه فصل بينه وبين المدّعي عليه فدل على أنه غيره.

قلنا: المدعي من ادعى شيئا لنفسه وهذا يجمع الداخل والخارج وإنما فصل بينهما لأن المدعى عليه صاحب اليد فخصه باليمين والمدعى عام فيهما ولأن خصه كما حضره في النتاج.

قالوا: بينته لا تفيد إلا ما يفيد عند الظاهر فلم يسمع كما لو أقامها قبل بينة الخارج وكما ادعى عليه دين فأقام البينة على أنه لا دين عليه.

قلنا: لا نسلم لأن الظاهر وهو اليد لا تفيد الملك في أصح الوجهين لأنه يحتمل يد الغصب ويد المحاربة ولهذا لو قال الدار التي في يد فلان صح ولا يكون كما لو قال دار فلان لي هو إن سلم فإنها تفيد من جهة الظاهر والبينة تفيد من جهة الصريح ولهذا تسقط اليد بالبينة ثم يبطل بمن أقام البينة على حريته وإذا أقام البينة قبل بينة الخارج سمع في أصح القولين وإن سلم فلأن هناك يستغنى بأسهل البينتين وهو اليمين وهاهنا لا يستغنى ولهذا لم يسمع بينة المدعي إذا استغنى بالإقرار يسمع إذ لم يستغن وفي النتاج لا تسمع بينة صاحب اليد قبل أن يقيم الآخر البينة ويسمع بعد ما يقيم وأما البينة على نفي الدين فإنها بينة كاذبة إذ لا طريق للشهود إلى علم ما شهدوا به وهذه بينة صادقة في الظاهر فهي كبينة المدعي.

قالوا: لو سمعت ببينة لحلف خصمه كالمدعى.

قلنا: يبطل بالنتاج وبمن ادعى رد الوديعة، ولأنه إذا جاز في المتبايعين إذا اختلفا في اليمين أن يحلف كل واحد منهما وإن لم يكن الآخر مقيماً للبينة جاز في المتداعيين أن يقيم كل واحد منهما البينة وإن لم يكن الآخر محلفاً.

قالوا: كل واحد منهما ثبت ملكاً ويداً ويد الخارج أسبق فقدم.

قلنا: يبطل برجلين ادعيا شيئاً في يد ثالث وأقام أحدهما بينةً أنه كان ملكه أمس والآخر أنه ملكه اليوم.

مسألة: إذا كان في يد رجل دار فأقام رجل بينةً أنها له ولأخيه ميراث بينهما سلم إليه نصيبه وانتزع الحاكم نصيب الغائب.

وقال ابو حنيفة: لا ينتزع.

لنا: أنه مال غائب لم يأتمنه عليه فانتزع الحاكم كالمنقولات.

قالوا: هو محفوظ فلا ينزع كودائعه.

قلنا: لا نسلم لأنه قد يهدم ويسرق آلته وربما مات الحاكم أو نسيه فيجحده الذي هو في يده، والودائع رضى المالك بحفظ المودع وهاهنا بخلافه.

مسألة: إذا مات رجل وخلف ابنين مسلماً وكافراً فأقام المسلم بينة أن أباه مات وآخر قوله الإسلام وادعى الآخر أنه مات وآخر قوله الكفر تعارضتا ويحجب وفيه الأقوال إلا القسمة.

وقال أبو حنيفة: بينة المسلم أولى.

لنا: أنهما بينتان تعارضتا لا يدفع واحدة منهما ولا زيادة علم فلم يقدم إحداهما على الأخرى كما تداعيا نكاحاً أو داراً.

قالوا: روي أن النبي ﷺ قال: «**الإسلام يعلو ولا يعلى عليه**»(١).

قلنا: ليس هاهنا إسلام ثم نحمله على من ولد بين مسلم وكافر.

قالوا: إحداهما تشهد بالإسلام فقدمت كالمطلقتين فيمن أصل دينه النصرانية.

قلنا: لأن هناك مع الإسلام زيادة علم وليس هاهنا مع أحدهما زيادة علم.

قالوا: لو لم يكن مسلماً لما غسل وصلي عليه.

قلنا: لأن في حال الأشكال تغلب الصلاة احتياطياً كما لو نسي صلاة من صلوات اليوم والليلة.

مسألة: إذا قام المكري بينة أنه أكراه بيتاً من هذه الدار بعشرة وأقام المكتري بينة أنه اكترى جميعها بعشرة تعارضتا.

وقال أبو حنيفة: القول قول المكتري.

لنا: أنهما بينتان متعارضتان لا مزية لإحداهما على الأخرى فأشبه إذا قال المكري أكريته بيتاً بعشرين وقال المكترى بل جميع الدار بعشرة ولأن بينتيهما متعارضتان في قدر أجرة البيت فصار كما لو اتفقا على البيت ولكن اختلفا في أجرته.

قالوا: اتفقا في الأجرة والمدة ومع المكتري زيادة.

قلنا: لا نسلم بل اختلفا في الأجرة فإن العشرين إذا قسطت على الدار كان قسط البيت أقل ولأنهما وإن اتفقا فيما قالوا إلا أنهما اختلفا في المكترى فصار كما لو اختلفا في الكرى.

مسألة: لا يسمع الدعوى في النكاح إلا محصلة.

ومن أصحابنا من قال أن كان الدعوى لاستدامة العقد جاز غير محصلة ومنهم من

---

(١) أخرجه الضياء في المختارة (٢٤٠/٨) ح (٢٩١)، والدارقطني في سننه (٢٥٢/٣) ح (٣٠)، والروياني في مسنده (٣٧/٢) ح (٧٨٣).

قال تسمع غير محصلة في الابتداء والاستدامة وهو قول أبي حنيفة.

لنا: هو أنه لا يدخله البدل وتتعلق العقوبة بجنسه فأشبه القتل.

قالوا: دعوى في عقد فأشبه شراء الجارية.

قلنا: في الأصل وجهان وإن سلم فلأن الدعوى هناك في الملك والوطء فيه غير مقصود ولهذا يجوز شراء من لا تحل له وهاهنا القصد الاستمتاع ومبناه على الاحتياط ولهذا اختص بالشهادة ولا يدخله البذل ولأنه لا غرض في ترك الشروط في الشراء وللناس أغراض في إخفاء النكاح عن الوطء والشهود فوجب البيان.

قالوا: شرط في النكاح فلم يجب بيانه كعدم العدة.

قلنا: هناك الشرط هو العدم والأصل العدم وهاهنا الشرط الوجود والأصل العدم فوجب ذكره.

قالوا: الظاهر من عقود المسلمين الصحة فحمل الأمر عليه.

قلنا: لا نسلم بل فعلهم للفاسد أكثر.

مسألة: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة جعل بينهما [(١)].

وقال أبو حنيفة: ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للمرأة فهو لها وما يصلح لهما فهو للرجل وإن مات أحدهما كان ما يصلح لهما للباقي منهما [(٢)].

لنا: إنهما تداعيا ما في أيديهما فلم يقدم أحدهما بالصلح كما لو تنازع إسكافي وبزاز في قالب خف أو تنازع الرجل والمرأة متاع البيت وهو في يدهما مشاهدة ولأنه لو كان ما يصلح لهما للرجل لكان بعد موته لورثته.

قالوا: جميع المتاع في يد كل واحد منهما وأحدهما أقوى تصرفا فقدم كالراكب والسائق إذا اختلفا في الدابة.

قلنا: لا نسلم بل في يد كل واحد منهما تصرفهم ولهذا لو أقر أحدهما بجميعه لرجل لم تقبل، ولأنه يبطل بالفرش والصفر فإن الظاهر أنه من جهاز المرأة ثم لا يجعل لها وفي الأصل وجهان وإن سلم فلأنه لابد للسائق ولا منفعة ولهذا لو أقرَّ الراكب بها لرجل سلم إليه وهاهنا في يدهما.

مسألة: إذا ادعى رجلان رق عبد فأقر لأحدهما حكم له.

---

(١) الإفصاح (٢/٣٠٢)، انظر الأم (٥/٩٥)، مختصر المزني (٣١٨)، الإقناع (١٩٨).

(٢) الإفصاح (٢/٣٠٢)، انظر الاختيار (٢/١٦٤)، مختصر الطحاوى (٢٢٨).

وقال أبو حنيفة: يكون بينهما.

لنا: أن من صح إقراره له إذا كان منفرد صح إقراره له إذا ادعاه معه غيره كما لو تداعيا عبداً في يد ثالث.

قالوا: إقرار رقيق بنفسه فلا يقبل كما لو كان في يد مولاه.

قلنا: لأن هناك يسقط حق مولاه وهاهنا لا يسقط حق غيره لأنه ليس في يد أحد.

مسألة: تسمع البينة على العتق منهم دعوى العبد.

وقال أبو حنيفة: لا تسمع.

لنا: هو أنه شهادة عتق فأشبه عتق الأمة.

فإن قيل: ذاك يتعلق به تحريم الوطء.

قيل: يبطل بالشهادة على شراء الأمة.

فإن قيل: الأمة تتهم في الميل إلى السيد.

قيل: والعبد يتهم في الميل إلى السيد لأن مالا يشترط في عتق الأمة لا يشترط في عتق العبد كتصديق المقر ولأن ما بني على التغليب والسراية لم يشترط في الشهادة عليه الدعوى كالطلاق.

قالوا: حق له فلا يسمع البينة فيه من غير دعواه كسائر حقوق الحر.

قلنا: إلا أن المغلب فيه حق الله تعالى لهذا يعتبر تصديقه في الإقرار بخلاف سائر الحقوق ثم يبطل بالطلاق وعتق الأمة.

مسألة: إذا تنازعا مولوداً وذكر أحدهما علامة باطنة لم يقدم على الآخر.

وقال أبو حنيفة: يقدم.

لنا: أنه وصف للمدعى فلا يقدم به الدعوى كوصف اللقطة ولأن مالا يقدم به دعواه في اللقطة لم يقدم في اللقيط كما لو كان أحدهما زاهداً لله.

قالوا: يلتقط فوجب أن يكون لوصفه تأثير ليس لعدمه كاللقطة.

قلنا: هناك يؤثر الوصف عند انفراد أحدهما وهاهنا لا يؤثر.

قالوا: لو انفرد كل واحد منهما قضي له فإذا انفرد أحدهما بميزة قدم كما لو تنازعا جملاً وأحدهما راكبه.

قلنا: يبطل باللقطة إذا أقام كل واحد منهما عليها بينة ووصفها أحدهما.

مسألة: إذا تداعيا المولود مسلم وكافر تقدم أحدهما على الآخر.

وقال أبو حنيفة: يقدم المسلم.

لنا: أنه لو انفرد كل واحد منهما ثبت نسبه فإذا اجتمعا تساويا كالمسلمين.

قالوا: معنى يثبت به الولاية فقدم المسلم فيه على الكافر كالحضانة.

قلنا: في الحضانه يقدم العدل على غيره ولا يقدم في النسب ولأن ذاك للتربية فإذا أسلم إلى الكافر فتنه عن دينه فاستضر وإذا نسب إلى الكافر لن يسلم إليه فلا يستضر.

مسألة: إذا تداعيا المولود رجلان وامرأتان عرض على القافة.

وقال أبو حنيفة: لا يعرض بل يلحق بهما.

لنا: ما روت عائشة رضي الله عنها قالت دخل رسول الله ﷺ مسروراً تبرق أسارير وجهه. فقال: «**ألم تسمعي ما قال المدلجي لزيد وأسامة ورأى أقدمهما إن هذه الأقدام بعضها من بعض**» [(١)] ولو كانت باطلة لأنكر لئلا يغتر بها ولما أظهر السرور.

فإن قيل: إنما سر بما فيه من تكذيب الكفار في طعنهم في نسب أسامة.

قيل: لا يجوز أن يسر بما يجبر باطل وإن وافق مراده ولأنه مولود تدعاه اثنان فلا يلحق بهما كما لو دعاه مسلم وكافر أو حر وعبد، ولأن إلحاقة باثنين حكم خالف الحقيقة قطعاً ويقيناً فكان باطلاً كإلحاقه بصبي لا يولد لمثله.

قالوا: روي أن رجلين وطئا امرأة فأتت بولد فادعياه عند الخليفةعمر فدعا بالقافه فقالت أخذ الشبه منهما فضربه عمر حتى أضجعه وقال: هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فضربه على القافة ثم ألحق بهما.

قلنا: هو حجة لنا لأنه دعا بالقافة ولأنه روي أنه قال للغلام «**والِ أيهما شئت**» [(٢)] وروي أنه دعا بعجائز من قريش فقلن إن الأول وطئها فعلقت به ثم حاضت فاستحشف الولد ووطئها الثاني فانتعش فأخذ الشبه منهما فقال الخليفة عمر الله أكبر وألحقه بالأول.

قالوا: لا يرجع إلى الراعي في نتاج الغنم فكذلك إلى القابض.

قلنا: هناك لا يجعل لهما فليكن هاهنا مثله ولأنه لو سكت هناك لم يجعل له وهاهنا لو سكت لحق به ولأن الإشباه في ذلك لا يظهر وهاهنا يظهر.

قالوا: لو رجع إلى الشبه لقدم على الفراش لأنه شاهد فهو أقوى.

قلنا: بل الفراش أقوى لأنه رجوع إلى الشرع فهو كالنصر وهذا رجوع إلى

---

(١) أخرجه البخاري (٣/١٣٠٤) ح (٣٣٦٢)، ومسلم (٢/١٠٨١) ح (١٤٥٩).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٢٦٣) ح (٢١٠٥٢)، والإمام الشافعي في مسنده (١/٣٣٠)، والإمام مالك في موطئه (٢/٧٤٠) ح (١٤٢٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٦١).

الاستدلال والأشباه الخفية فهو كالقياس.

قالوا: القيافة بعد من الباطل ولهذا قال الفرزدق:

وطــال حــذاري خيفة البين والنوى وأحدوثــه مــن كاشــيخ تــتفوق

قلنا: بل هو الحق وقد رجع إليه الرسول ﷺ فقال فى ولد الملاعنة «**إن جاءت به على نعت كذا فما أراه أنه إلا صدق عليها**» إلا أنه لم يقضِ به لأنه لم يكن هناك إلا فراشٌ واحد وما قالوه يعارضه قول شاعرهم:

قــد زعمــوا أن لا أحــب مطــرقاً بلــى ورب البــيت حــباً مــسرفا
يعــرفه مــن قافــا وتقــوفا بالقــدمين والــيدين والقفــا
وطرف عينه إذا تشوفا

قالوا: تساويا في سبب النسب فألحق بهما كالأب والأم.

قلنا: هناك ينعقد منهما، وهاهنا لا ينعقد منهما.

قالوا: معنى يورث به لا يطرأ عليه الفسخ فجاز إلحاقه بهما كالولاء.

قلنا: ذاك يجوز إلحاقه بمسلم وكافر وهاهنا لا يجوز ولأن الواجب هناك يصح منهما وهنا العتق والإحبال لا يصح منهما كالنكاح.

كتاب الشهادات

مسألة: لا تثبت الولادة بشهادة إمرأة (١).

وقال أبو حنيفة: تثبت (٢).

لنا: هو أنه ولادة فلا يثبت بشهادة امرأة كما لو كانت بائنة.

فإن قيل: الولادة في الأصل تثبت وإنما لم يثبت النسب لعدم الفراش.

قيل: لو ثبت لثبت النسب لأن العدة كالفراش في ثبوت النسب ولهذا لو شهد رجل وامرأتان ثبت النسب ولأنه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر الشهادات والدليل على أنه شهادة أنه يعتبر فيه تقدم الدعوى ومجلس الحكم ولفظ الشهادة ولا تقبل من العبد ولا من الوالد للولد بخلاف إخبار الديانات.

---

(١) الإفــصاح (٢/٢٩٠)، ووافق الشافعية مالك وأحمد انظر: الثمر الداني (٦٠٨)، روضة الطالبين (١١/٢٥٣)، المغني (١٢/٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٠)، الاختيار (٢/١٨٨).

قالوا: روي أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة.

قلنا: يحتمل أنه أجازها مع ثلاث وإنما ذكرها حتى لا يظن أنه لا يقبل شهادتها لدناءة صنعتها أو لأنها تشهد على أمر يتعلق بفعلها.

قلنا: روي عن علي رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها.

قلنا: هو قول واحد.

قالوا: تدعو الحاجة لجعلها لأنه لا يحضر العدد ومن يحضر لا يطلع لأنه عورة ولهذا لا يعتبر فيها الرجال.

قلنا: بل يحضر العدد الكثير من النساء والنظر للتحمل لا يحرم، ثم يبطل بالشهادة في الزنا وبجنايات النساء في الحمامات والمآتم المال ثم فإنه لأحضرها الرجال ثم لا تقبل شهادتهن فيها، ويبطل بما بعد البينونة ويخالف الرجال فإنهم لا يحضرون بحال فقبول النساء ضرورة.

قالوا: فيما ترد شهادتهن تستوي الواحدة والجماعة فكذلك فيما تقبل.

قلنا: الرد لم يُبنَ على التفاوت والقبول بني على التفاوت ولهذا يستوى الواحد والجماعة من الرجال عند الرد ويختلفان في القبول.

قالوا: النساء وإن كثرن لا يقمن إلا مقام رجل فلو اعتبر العدد في الولادة لن يقبل من أربع منهن.

قلنا: يقمن مقام الرجل إذا اجتمعن مع الرجل فأما إذا انفردن فلا كالرجلين هما كالرجل إذا شهد مع امرأتين ثم لسْنَ كالرجال إذا انفردوا.

مسألة: يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت إلا برجلين أو برجل وامرأتين.

لنا: أنه شهادة على عورة يقبل فيها النساء مع الرجال فقبلن على الانفراد كالولادة.

قالوا: يطلع عليه الرجال فأشبه العقود.

قلنا: من يطلع عليه قليل وهو ذو المحارم فهى كموضع الولادة يطلع عليه الطبيب ومن يقع بصره عليه من غير قصد ثم تقبل من النساء بخلاف العقود فإنه يطلع عليها عامة الرجال فلم يسقط اعتبارهم.

مسألة: يجوز القضاء بالشاهد واليمين في المال وما يقصد به المال [1].

(١) الإفصاح (٢/٢٩٤)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، انظر: الثمر الداني (٦٠٧)، مغني المحتاج (٤/ =

وقال أبو حنيفة: لا يجوز [١].

لنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد[٢].

فإن قيل: معناه قضى بيمين المدعى عليه ولم يلتفت إلى الشاهد الواحد.

قيل: مع التشبيك كما قال مع الثوب مع العبد ولأنه روي «**قضى بشاهد ويمين**» وروي «**بيمين وشاهد**» وروى علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق وروى علي أيضاً رضي الله عنه أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان رضوان الله عليهم كانوا يقيمون بشهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي وعن علي رضي الله عنه أنه كان يقضي بالشاهد واليمين.

فإن قيل: يحمله على رجل اشترى شيئاً واختلفا في عينه فشهد شاهد بأنه عيب فقال البائع بعه بشرط البراءة فحلف المشتري أنه لم يشترط فرده شاهد ويمين.

قيل: الشاهد في إثبات العيب واليمين في نفى البراءة والخبر يقتضى أنه قضى بهما في قضاء واحد ولأنه نوع بينة توبة فجاز أن يكون لضمها إلى نوع بينة ضعيفة تدخل في القضاء كالشاهد والمرأتين ولأنه شهادة تحتمل الإبدال فجاز إبدالها باليمين كالشهادة في الزنا.

فإن احتجوا بقوله عز وجل ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة: من الآية٢٨٢) والشاهد واليمين زيادة في النص وذلك فسخ.

قلنا: هذا ورد في التحمل ألا نراه وقال «**واستشهدوا**» والشاهد واليمين لا يكون في التحمل ثم الفسخ هو الإزالة ونحن لم نزل ما في الآية.

واحتجوا بأن النبي ﷺ قال للحضرمي شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك.

قلنا: في الحديث إنه قال ليس لك منه إلا ذلك فإنه ذكر أنه فاجرٌ لا يتورع عن اليمين، والدليل عليه أن له الشاهد والمرأتين أيضاً.

=

٤٤٣)، المغني (١٢/٩- ١٠).

(١) الإفصاح (٢/٢٩٤)، انظر: الاختيار (٢/١٤٧- ١٤٨).

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/٢٥٢) ح (١٠٠٧)، وابن حبان في صحيحه (١١/٤٦٢) ح (٥٠٧٣)، والحاكم في مستدركه (٣/٥٩٣) ح (٦٢٠١)، والترمذي (٣/٦٢٧) ح (١٣٤٣)، وأبو داود (٣/٣٠٩) ح (٣٦١٠)، والنسائي في الكبرى (٣/٤٩١) ح (٦٠١٤)، وابن ماجة (٢/٧٩٣) ح (٢٣٦٨)، والإمام أحمد في مسنده (١/٣٢٣).

قالوا: مدع لم يكمل عدة شهوره فأشبه مدعى النكاح والطلاق ومن شهد له امرأتان.

قلنا: من شهد له رجل وامرأتان لم تكمل صفة شهوده ثم يقضى له فكذلك هذا ثم لا يمتنع أن لا يقضى به في النكاح والطلاق ويقضى به في المال كما أن الشاهد والمرأتين لا يقضى بها في الحدود والقصاص ويقضى بها في المال، والمرأتان نوع بينة ضعيفة فلا يقضى بها مع بينة ضعيفة والشاهد نوع بينة قوية فقضى بها مع بينة ضعيفة كالشاهد والمرأتين.

قالوا: لو سمعت يمين المدعى لسمعت قبل الشهادة كشهادة المرأتين.

قلنا: يسمع في قول أبي على بن أبي هريرة وإن سلم فلأن اليمين يثبت في جنبة قوية قبل الشهادة جنبة ضعيفة وبعد الشهادة جنبه قوية.

مسألة: إذا قذف وعجز عن البينة ردت شهادته.

وقال أبو حنيفة: لا ترد حتى يحد.

لنا: قوله عز وجل ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً﴾ (النور: من الآية٤) فعلق الحد والرد على القذف والعجز عن البينة ولأنه كبيرة أوجبت الحد فأوجبت رد الشهادة كالزنا أو إقامة حد فلا يقف رد الشهادة عليه كحد الزنا.

قالوا: القذف يحتمل الصدق والكذب فلا يرد به الشهادة حتى يتحقق كذبه بالعجز عن البينة ولو لم يتحقق لما أقيم عليه الحد.

مسألة: تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا تقبل [(٢)].

لنا: قوله عز وجل ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (النور:٤) إلا الذين تابوا والاستثناء يرجع إلى جميع ما تقدم كقوله امرأته طالق وعبده حر إلا إن شاء الله.

(١) الإفصاح (٢/٢٩١)، ووافق الشافعية مالك وأحمد، انظر: بلغة السالك (٢/٣٢٥)، المدونة الكبرى (٤/٨٢)، روضة الطالبين (١١/٢٤٥)، المغني (١٢/٧٤- ٧٦).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩١)، انظر: الاختيار (٢/١٩٠، ١٩٦)، مختصر الطحاوى (٣٣٢)، مختصر القدورى (٤/٦٠).

فإن قيل: بل يرجع إلى ما يليه كما لو قال لفلان علي عشرة إلا ثلاثة إلا درهمين فإنه يرجع إلى ما يليه فيلزمه تسعة.

قيل: في ذاك لا يرجع لأن الاستثناء إذا تعقب حكما وخبرا رجع إلى الحكم دون الخبر كما لو قال أعط بني تميم فإنهم فرسان إلا من غاب ولأنه تقبل شهادته على هلال رمضان فأشبه غيره ولأن من قبلت شهادته قبل الحد قبلت بعد الحد كالزاني والسارق ولأنه محدود في القذف فجاز أن تقبل شهادته كالكافر إذا أسلم.

فإن قيل: لأن ذلك استحدث بالإسلام عدالة لم تبطل بالحد وهذا عدالته بالإسلام وقد بطلت.

قيل: وإن بطلت إلا أنها عادت بالتوبة ولا يجوز أن يكون استثناء واحد نفياً وإثباتاً لأن قوله ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (النور: من الآية٤) خبر والاستثناء صح فرق بين عدالة عائدة وبين عدالة مستحدثة، ولأن حد الزنا لا يوجب رد الشهادة على التأبيد فحد القذف أولى فإن احتجوا بقوله: ﴿وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً﴾ (النور: من الآية٤).

قلنا: معناه ما لم يتب كما إذا قال لا يقبل الكافر أبداً كان معناه ما دام كافراً.

قالوا: روي أن هلال بن أمية قذف امرأته فقال الأنصار: الآن يجلد هلال وتبطل شهادته في المسلمين.

قلنا: لا يعرف هذا ثم ليس فيه أن النبي ﷺ سمع ذلك ولأن عندنا تبطل ولكن بالتوبة تعود.

قالوا: روي أن عمر قال المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد.

قلنا: المراد به قبل التوبة ولهذا لم يخص به حد القذف ولأنه روي عنه أنه قال لا يكره تم تقبل شهادة.

قالوا: حد بالقذف في الإسلام حداً كاملاً فلم تقبل شهادته كما لو لم يتب.

قلنا: الحد تطهير فلا يجعل سبباً لمرد الشهادة ثم ما بعد التوبة يخالف ما قبلها كما قلنا في الزنا.

قالوا: لما كان القذف بالقول اختص بعقوبة يتعلق بالقول وهو الرد الذي يظهر به تكذيبه كما أن السرقة لما كانت باليد اختصت بعقوبة في اليد.

قلنا: قد أظهر ما تكذيبه بالحد بخلاف السارق فإنه لم يحد بغير القطع.

قالوا: الرد يتعلق بالجلد ولم يزل.

قلنا: بل تعلق بالقذف وقد زال بالتوبة ثم يبطل بالكافر.

قالوا: شهادته صادفها الرد فلم تقبل كشهادة ردها الحاكم.

قلنا: لا نسلم فإنه صادفها الرد ما لم يتب ولأن الحاكم رد شهادة موجودة وهاهنا ترد شهادة موجودة فهو كما لو قال الحاكم لفاسق رددت شهادتك ثم تاب.

مسألة: تصح شهادة الأعمى بما تحمل وهو بصير [(١)].

وقال أبو حنيفة: لا تصح [(٢)].

لنا: هو أنه حاسبه للتحمل فلا يمنع زوالها من الأداء كالسمع ولأنه عدم رؤية المشهود عليه ولا يمنع أداء الشهادة كما لو شهد على غائب ولأن البصير يراد لتمييز المشهود به وتمييز الأعمى كتمييز البصير بالعيان.

قالوا: معنى يمنع تحمل الشهادة فمنع الأداء كزوال العقل.

قلنا: يبطل بالصمم ولأن العقل يحتاج إليه في التحمل للمعرفة وفي الأداء التعريف والبصر يحتاج إليه في التحمل للمعرفة ولا يحتاج إليه في التعريف.

قالوا: لا يجوز أن يكون قاضياً فأشبه الفاسق.

قلنا: يجوز أن يقضى فيما سمع قبل العمى ثم يبطل بالأصم وبالكافر عندهم ولأن القاضي يحتاج إلى معرفة من يحكم له وعليه والشاهد لا يحتاج في الأداء إلى أكثر من التعريف.

قالوا: لم يشر إلى المشهود عليه فأشبه البصير إذا لم يُشر.

قلنا: يبطل بمن شهد على ميت أو غائب والأصل غير مسلم على ظاهر المذهب وإن سلم فلأنه يلحقه الريبة بترك الإشارة والأعمى بخلافه ولأن هناك لم تتعذر الإشارة فلم يقبل الوصف وهاهنا تعذرت الإشارة فقبل منه الوصف.

مسألة: إذا شهد ثم عمي حكم بشهادته.

وقال أبو حنيفة: تطلب شهادته.

لنا: أنه معنى طرأ بعد الشهادة لا يوجب بهما في الشهادة فأشبه الموت ولأن الموت عما وزيادة ثم لم يمنع الحكم فالعما أذى.

قالوا: ما منع الشهادة منع الحكم بها كالفسق والرده والرجوع.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩٢)، انظر/ روضة الطالبين (١١/٢٧١).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٢)، انظر/ الاختيار (٢/١٩٦).

قلنا: لا نسلم أنه يمنع والمعنى في الأصل أنه يوجب تجد في الشهادة وهذا لا يوجب.

مسألة: تقبل شهادة الأخرس في ظاهر المذهب [1].

قال أبو حنيفة: لا تقبل [2].

لنا: هو أن الإشارة لمعقوله من الأخرس كالعبارة المفهومة كما تقول في البيع والنكاح والطلاق.

قالوا: لم يأت بلفظ الشهادة فأشبه الناطق إذا أشار.

قلنا: ذاك قادر وهذا عاجز وحكمهما يختلف كما قلنا في النكاح.

مسألة: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل.

لنا: أنه سبب مندوب إليه فأشبه الصداقة أو عقد معاوضة فلا يتضمن رد الشهادة كالبيع والإجارة ولأنه سبب لا يوجب عتق أحدهما على الآخر فلا يوجب رد الشهادة له كالأخوة ولأن من قبلت شهادته له قبل النكاح قبلت شهادته له بعد النكاح كأبي الزوج وأبي الزوجة.

قالوا: يتوارثان من غير حجب فأشبه الأب والابن.

قلنا: المانع في الأصل البعضية لا الإرث من غير حجب بدليل أن الجد يرد شهادته وإن كان يحجب ولأن ذاك سبب توجب العتق بالملك وهذا بخلافه.

قالوا: مقيمة بإقامته مسافرة بسفره فأشبه الأمة.

قلنا: بشهادته لأمته شهادة لنفسه وشهادته لزوجته ليست بشهادة لنفسه.

قالوا: شهادتها له يثبت لها حق وهو توفر النفقة وبشهادته لها تزيد قيمة ماله وهو البضع فلم يقبل.

قلنا: الأول يبطل بشهادة الأخ المعسر لأخيه وبشهادة الرجل لغريمه يثبت لنفسه النفقة والدين ثم يقبل، والثاني لا يصح لأنه لا منفعة له في قيمة بضعها لأن عوضه لها فلا يلحقه فهمه ولأنه لو كان شهادة كل واحد منهما كشهادته لنفسه لم يقبل شهادة وأداء كل واحد منهما للآخر لأنه يثبت بذاك حقاً لولده.

مسألة: لا تقبل شهادة العدو على عدوه.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩٢)، انظر: روضة الطالبين (١١/٢٤٥).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٢)، ووافق الأحناف أحمد، انظر: الاختيار (٢/١٩٦)، المغني (١٢/٦٣).

وقال أبو حنيفة: يقبل.

لنا: ما روى طلحة بن عبيد الله بن عوف عن النبي ﷺ **«أنه أمر مناديًا ينادي لا يقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه»**(١).

فإن قيل: أراد ما يفسق به.

قيل: ذاك لا يتعلق بالغمر ولأن الفاسق يرد وإن لم يكن زاعم ولأنه متهم بسبب منهي عنه فأشبه الفاسق.

قالوا: عداوة لا يفسق بها فأشبه عداوة المسلم للكافر.

قلنا: تلك عداوة من جهة الدين فلا تدعوه إلى ترك الدين في الكفر عليه وهذه عداوة للمنافسة في الدنيا فلا يؤمن من أن يكذب عليه.

قالوا: من جازت شهادته له جازت عليه كغير العدو.

قلنا: يبطل بالذمي في الشهادة على المسلم ولأنه لا يتهم في الشهادة له ويتهم في الشهادة عليه ولهذا تقبل شهادته على ولده ولا تقبل له.

قالوا: لو ردت شهادة العدو عليه للعداوة ترد شهادة الصديق له للصداقة.

قلنا: الصداقة مأمور بها فلا تمنع الشهادة كصداقة المسلم للمسلم والعداوة منهى عنها فهي كعداوة الكافر للمسلم.

مسألة: لا تقبل شهادة الذمي على الذمي (٢).

وقال أبو حنيفة: تقبل (٣).

لنا: قول تعالى: **﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾** (الحجرات: من الآية٦) والكافر فاسق ولهذا قال **﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾** (المائدة: من الآية٤٧) وروى معاذا أن النبي ﷺ قال: **«لا تقبل شهادة أهل دين على أهل دين إلا**

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/٥٤٥) ح (٢٢٩٨)، والبيهقي في الكبرى (١٠/١٥٥)، والدارقطني في سننه (٤/٢٤٤)، وأبو داود (٣/٣٠٦) ح (٣٦٠١)، وابن ماجة (٢/٧٩٢) ح (٢٣٦٦)، والإمام أحمد في مسنده (٢/١٨١) ح (٦٦٩٨).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٣)، ووافق الشافعية مالك وأحمد (في رواية)، انظر: بلغة السالك (٢/٣٢٣)، المهذب (٢/٣٢٤)، المغني (١٢/٥٤).

(٣) الإفصاح (٢/٢٩٣)، ووافق الأحناف أحمد (في رواية أخرى)، انظر: الاختيار (٢/٢٠٠)، المغني (١٢/٥٤).

المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»(١).

فإن قيل: دليل يقتضي أن يقبل على أهل دينه.

فإن قيل: هم لا يقولون بدليل النطق ونحن لا نقول به إذا أسقط النطق وهاهنا يسقطه لأنه إذا قبل على أهل دينه وجب أن يقبل على غير أهل دينه بالإجماع فيسقط النطق ولأنه كافر فلم تقبل شهادته كالمرتد ولأنه مرتكب لكبيره كالفاسق ولأنه إذا لم يقبل الفاسق فالكافر أولى، ولأنه مشهود عليه بالزور فأشبه إذا شبه عليه اثنان وهذا أولى لأن الشاهد عليهم بالزور هو الله قال الله تعالى ﴿**وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ**﴾ (آل عمران: من الآية٧٥) وقال ﴿**سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ**﴾ (المائدة: من الآية ٤٢) ولأنه لا يقبل شهادته على المسلم.

قيل: يبطل بشهادة اليهودي على النصراني ولأن التهمة للعداوة في الدين لا توجب الرد كالمسلم إذا شهد على الكافر فدل على أنه رد لنفيه بالكفر ولأنه إذا لم يقبل خبره في الديانات فالشهادة أولى فإن احتجوا بقوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ**﴾ (المائدة: من الآية١٠٦) قوله ﴿**أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ**﴾ (المائدة: من الآية١٠٦) قال ابن المسيب وسعيد بن جبير من غير ملتكم.

قلنا: قال الحسن وعكرمة آخران من غير قبيلتكم فوجب التوقف أو ما قال الحسن أولى لأن الآية نزلت في رجل من المسلمين من بني سهم كان مع تميم الداري وعدي بن زيد فيما السهمى وشهادة الكافر على المسلم لا تقبل.

وقيل: إنها منسوخة لقوله ﴿**مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ (البقرة: من الآية٢٨٢).

قالوا: روى عمر أن النبي ﷺ مر بيهودي محمر الوجه فقالوا إنه زنا فقال «**ائتوني بأربعة منكم يشهدون**»(٢).

قلنا: لا يعرف هذا ثم ليس فيه أنه قال لليهود.

قالوا: روي أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض.

قلنا: لا يعرف هذا ثم نحمله على الأيمان لأنها تسمى شهادة كما قال تعالى ﴿**نَشْهَدُ**

---

(١) عزاه الحافظ ابن حجر للبيهقي. انظر/ التلخيص الحبير (١٩٨/٤)، كشف الخفاء للعجلوني (٢/ ٢٧٣).

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٢/٤).

إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ (المنافقون: من الآية١) وأراد اليمين.

قالوا: أهل دين يقرون على دينهم كالمسلمين.

قلنا: المسلمون يقرون على دين الحق وهؤلاء يقرون على دين الضلالة ولأن المسلمين من أهل الصدق فصدقوا في الشهادة وهؤلاء من أهل الكذب فلم يصدقوا في الشهادة ولأن المسلمين تقبل شهادتهم على غير أهل دينهم والكفار لا تقبل شهادتهم على غير أهل دينهم.

قالوا: من أهل الولاية فأشبه المسلم.

قلنا: الولاية لا نواليهم وإنما يتولون فيما بينهم فلا يعرض لهم والشهادة عند الحاكم فلا يجوز أن تقبل، ولأن ولايتهم على أولادهم تختص بهم الشهادة تصح من المسلمين فلا تقبل منهم.

مسألة: تجوز الشهادة على الملك والنسب والموت بالاستفاضة وفي النكاح والوقف والعتق والولاء وجهان [1].

وقال أبو حنيفة: يجوز بالنسب والموت والنكاح ولا يجوز بالملك والعتق والوقف والولاء [2].

لنا: أن الملك لا يمكن تحمل الشهادة فيه على القطع واليقين فتحمل فيه بالاستفاضة كالنسب.

قالوا: ما لا يمكن الشهادة على أسبابه بالإستفاضة لم يجز الشهادة عليه بالاستفاضة كالدين.

قلنا: أسبابه تدرك بالحاسة ونفس الملك لا يدرك والدين لا يسلم.

مسألة: لا تجوز الشهادة بالاستفاضة في النكاح في أصح الوجهين.

وقال أبو حنيفة: تجوز.

لنا: أنه عقد فلا يجوز الشهادة عليه بالاستفاضة كالبيع.

قالوا: يعلم بالاستفاضة أن فاطمة زوج علي وعائشة زوج رسول الله ﷺ.

قلنا: يعلم أيضا بالاستفاضة أن بلالاً مولى أبي بكر ونافعاً مولى ابن عمر ثم عندهم لا يشاهد فيه بالاستفاضة.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩٣)، انظر: روضة الطالبين (١١/٢٦٩- ٢٧٠).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٣)، ووافق الأحناف أحمد، انظر: الاختيار (٢/١٩٣)، المغني (١٢/٢٥).

مسألة: يجوز الشهادة على الشهادة في حد القذف والقصاص (١).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز (٢).

لنا: أنه حق يثبت بالشهادة فثبت بالشهادة على الشهادة كالنكاح والطلاق ولأن ما جاز للحاكم أن يحكم فيه بعلمه جاز أن يقضى فيه بالشهادة على الشهادة دليله ما ذكرناه.

قالوا: حق يسقط بالشبهة فأشبه حدود الله تعالى.

قلنا: لا نسلم الأصل في أحد القولين ثم ذاك يقبل فيه الرجوع بعد الإقرار ولا يجوز القضاء بعلمه وهذا بخلافه.

قالوا: قائم مقام الغير فأشبه الشاهد والمرأتين.

قلنا: الشاهد والمرأتان أصل في نفسه ولهذا يقبل مع وجود الرجلين ولأن قيامه مقام الغير يقتضى أن يثبت به ما يثبت بأصله كالتميم والصوم في الكفارة.

مسألة: لا تثبت الشهادة بشاهد وامرأتين.

وقال أبو حنيفة: تثبت.

لنا: أنه ليس بمال ولا يقصد به المال ولا يقبل فيه شاهد النساء منفرداً به فأشبه الحدود والقصاص.

قالوا: قول فجاز إثباته شاهد وامرأتين كالإقرار.

قلنا: الإقرار ليس بحق وإنما هو التزام للمال فكان إثباته إثباتاً للمال وهاهنا يثبت حقاً على الشاهد وهو الشهادة وذلك ليس بمال ولهذا لا يجب المال على الشاهد ويجب المال على المقر ولأن إنكار الأصل يوجب رد شهادة الفرع وإنكار الإقرار لا يوجب رد الشهادة.

مسألة: لا تقبل شهادة شاهدي الفرع على شهادة شاهدي الأصل في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: تقبل.

لنا: من قام بأحد شطري الشهادة لم يقم بالشطر الآخر كما لو شهد أحد شاهدي الأصل بالحق ثم شهد هو مع آخر على شهادة الشاهد الآخر.

فإن قيل: لأن ذلك أصل فلا يجوز أن يكون فرعاً.

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩٧)، انظر: روضة الطالبين (١١/٢٨٩- ٢٩٠).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٧)، انظر: الاختيار (٢/٢٠٢).

قيل: هو أصل في شيء وفرعٌ في غيره وذلك يجوز كالعبد أصل للحر فيما ليس له أرش مقدر وفرع للحر فيما له أرش مقدر ولأنه إتمام شهادة بتكرار لقول من شاهد واحد فأشبه إذا شهد الشاهد مرتين.

قالوا: إثبات قولين فجاز شاهد كإقرار رجلين.

قلنا: هناك يجوز أن يشهد أحد الشاهدين على إقرار أحدهما ويشهد مع آخر على إقرار الآخر ولا يجوز مثله في الشهادة.

مسألة: إذا رجع شهود المال لم يلزمهم الضمان في قوله الجديد[١].

وقال أبو حنيفة: يلزمهم [٢].

لنا: أنه رجوع عن قول أثبت به الملك للغير فأشبه إذا أقر بما في يده لرجل ثم أقر به لآخر.

قالوا: حالوا بينه وبين ماله فلزمهم الضمان كما لو شهدوا عليه ووقع بالعتق أو أخذ منه عبداً وأبق منه.

قلنا: في العتق أتلف عليه ووقع الأياس وفي العبد الآبق ثبت له يد متعدية نقص بها وهاهنا لم يتلف ولا تثبت عليه يد ثم يبطل بما قسنا عليه.

مسألة: إذا رجع شهود الطلاق وبعد الدخول لزمهم مهر المثل.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمهم.

لنا: أنه رجوع عن الشهادة بالطلاق فتعلق به الضمان كما لو كان قبل الدخول.

فإن قيل: إن هناك قرروا عليه نصف المسمى.

قيل: وهاهنا أتلفوا عليه ماله قيمة ولأن ما ضمن بالإتلاف مباشرة جاز أن يضمن بالشهادة الباطلة كالمال.

قالوا: حصل له المعوض فلا يجب له العوض كما لو ارتدت المرأة أو قتلها أجنبي.

قلنا: إذا جاز أن يحصل المعوض ثم يستوفى بقية الوطآت جاز أن يحصل له العوض ويجب له العوض ويخالف المرأة إذا ارتدت لأنها عاقدة كالزوج فلما لم يضمن الزوج ما

---

(١) الإفصاح (٢/٢٩٨)، وانظر: مغني المحتاج (٤/٤٥٦- ٤٥٧).

(٢) الإفصاح (٢/٢٩٨)، ووافق الأحناف مالك والشافعي (في القديم) وأحمد. انظر: الاختيار (٢/ ٢٠٦)، الثمر الداني (ص/ ٦١٢، ٦١٣)، روضة الطالبين (١١/٢٩٦)، الاختيار (٢/٢٠٦-٢٠٧).

زاد على الوطء الأول لم تضمن المرأة والشاهد غير عاقد فضمن الأول وما زاد كالوطء بشبهة ولأن المرأة تضمن بحكم العقد ولا يمكن تضمن جميع المسمى لأنه يخلو الوطء عن المهر فيصير كالموهوبة ولا بعضه لأن المهر لا ينقسم على كالوطئات والأجنبى يضمنه بالإتلاف ولهذا لو أتلف البائع المبيع قبل التسليم ضمنه بالثمن ولو أتلف لأجنبي ضمنه بالقيمة والقاتل أتلف البضع بإتلاف النفس وقد ضمن النفس فلم يضمن المهر والشاهد أتلف البضع وحده فضمنه.

مسألة: إذا رجع الشهود قبل الدخول لزمهم مهر المثل في أحد القولين ونصفه في الثاني.

وقال أبو حنيفة: يلزمهم نصف المسمى فالدليل على أنه يجب مهر المثل أنهم أتلفوا مقوماً بالشهادة فلزمهم قيمته كما لو شهدوا عليه بمال، والدليل على أنه يجب نصفه أن الزوج جعل قبل الدخول كالمالك لنصف البضع فوجب على الشهود نصف القيمة.

قالوا: إتلاف البضع قبل الدخول لا يوجب أكثر من نصف المسمى كما لو ارتدت قبل الدخول.

قلنا: العاقد يخالف الأجنبى كما نقول في المبيع يضمنه البائع بالمسمى ويضمنه الأجنبى بالقيمة.

قالوا: لم يتلفوا عليه لا نصف المسمى أو البضع لا قيمة له.

قلنا: عنده له قيمة وقد بيناه في الخلع.

مسألة: إذا رجع شهود القتل وقالوا تعمدنا وجب عليهم القصاص.

وقال أبو حنيفة: لا يجب.

لنا: قول الخليفة عليٍّ – عليه السلام– في شاهدين شهدا على رجل بالسرقة فقطعه فقال: لو علمت إنكما تعمدتما لقطعتكما ولأنه ما ضمن بالإتلاف مباشرة جاز أن يضمن بالشهادة الباطلة كالدية والأموال ولأنه توصل إلى قتله بسبب ملجئ فأشبه إذا أكره على قتله والدليل على أنه ملجأ أنه لو كان مختارًا لم تجب الدية عليهما دونه كما لو أمر غيره بالقتل من غير إكراه.

فإن قيل: لو كان كالإكراه لوجب أن يأثم الحاكم والولي ولوجب القود عليهما عندكم.

قيل: لا يأثم الحاكم لأنه لا يعلم ولا الولي لأنه يدعي أنه يقل بحق ولأن المجنون إذا أكرهه عاقل لا يأثم ولا يجب عليه القود ثم يجب على الذي أكرهه.

قالوا: سبب للقتل من غير إكراه مشاهدة فأشبه حفر البئر.

قلنا: وإن لم يكن إكراهاً مشاهدة فهو إكراه من جهة الحاكم، ألا ترى أنه لا سبيل له إلى تركه ويخالف الحفر فإن ذلك سبب ضعيف لأن لا يقصد به قتل رجل بعينه فهي كالخطأ في الرمي وهذا سببٌ قويٌّ لأنه يقصد به قتل رجل بعينه فهو كالرمي إلى رجل بعينه ولأن صاحب السبب هاهنا كالدافع في البئر، ألا ترى أنه يختص بالدية المغلظة دون المباشرة ثم القصاص هناك على المباشر للدفع يجب أن يكون القصاص هاهنا على صاحب السبب.

مسألة: يعزر شاهد الزور.

وقال أبو حنيفة: لا يعزر.

لنا: أن عمر طاف به ووقفه للناس وحبسه يوماً وخلى سبيله ولأنه معصية لا حد فيها ولا كفارة فتعلق بها التعزير كسائر المعاصي ولأنه إذا عزر إذا استخف بتسلم فلأن يعزر هذا وقد استخف بالحاكم وأصر بالمشهود عليه أولى.

قالوا: [..........][1] فأشبه الظهار.

قلنا: ذاك أوجب كفارة استغنى بها عن التعزير وهذا بخلافه.

مسألة: إذا شهد شاهدان أنه سرق ثوباً قيمته عشرة وشهد آخر أن قيمته ثمانية ثبت الأول.

وقال أبو حنيفة: يثبت الأكثر.

لنا: شهادتهما فيما زاد على الثمانية متعارضة فسقطتا وثبتت الثمانية.

قالوا: قامت البينة بالزيادة فقدمت على الأخرى كما لو شهد اثنان أنه أقر بألف واثنان بألف وخمسمائة.

قلنا: لأن ذاك إقراران فلم يتنافيا وهاهنا سلعة واحدة في وقت واحد في مكان واحد فصار كما لو نسبوا الإقرار في الشهادتين إلى حالة واحدة.

كتاب الإقرار

مسألة: إذا قال له عليّ مال عظيم قيل في تفسيره القليل والكثير [2].

---

(١) غير مقروء في الأصل.

(٢) الإفصاح (٢/١٢، ١٣)، ووافق الشافعية أحمد انظر: روضة الطالبين (٤/٣٧٥)، الكافي لابن قدامة (٤/٣١١).

وقال أبو حنيفة: لا يصدق في أقل من نصاب الزكاة [(١)].

لنا: هي لفظ مجمل في تفسيره الى مجمله كقوله له على شيء والدليل على أنه يتحمل أنه لم يوضع لقدر معين فصار كقوله وأتو حقه يوم حصاده ولأن العظم يستعمل في القدر وفي المحل ولهذا يقال رجل عظيم اذا كان كبير المحل فيجوز أن يكون المراد به أنه أعظم في المؤاخذة به ولهذا قال ابن عباس ما عصى الله به فهو كبير والأصل براءة الذمة فلا يلزمه إلا اليقين.

فإن احتجوا بأن عائشة قالت كان لا يقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه [(٢)]، والتافه ضد العظيم.

قلنا: فيجب أن يقبل تفسيره بنصاب السرقة كما قال مالك لأنه ليس بتافه ولأنها إنما سمت ما دون النصاب تافها بالإضافة إلى النصاب وكلامنا في الإقرار المجرد.

فإن احتجوا بأن عبد الرحمن بن عوف قال في قوم يحلفون بين الركن والمقام أعلى أو عظيم من المال ثم حملتم ذلك على النصاب.

قلنا: لأنه قرنه بالدم فعلم أنه لن يرد كل المال.

قالوا: صفة لا يفيدها اسم المال لا على وجه التكرار فلا يجوز إلغاؤها كما لو قال مالٌ جيدٌ.

قلنا: بناء الجودة صفةٌ معقولةٌ في العرف ولهذا لو ذكره في السلم طولب بها فصار كالظواهر في ألفاظ صاحب الشرع والعظم غير معقول لا في العرف ولا في الشرع ولا في اللغة فرجع في التفسير اليه كالمجمل من ألفاظ صاحب الشرع.

قالوا: الحية ليس بعظيم في العادة فلا تقبل في تفسير.

قلنا: لو كان الاعتبار بالعادة لوجب أن لا يقبل تفسيره من السلطان بمائتي درهم ولوجب أن يقبل تفسيره من الفقراء بما دونها ولأن الدرهم أيضاً لا يسمى مالا في العادة ولهذا لا يقال فلان صاحب مال إذا ملك درهماً ثم يقبل منه.

مسألة: إذا قال له عليّ دراهم كثيرة لزمه ثلاثة.

وقال أبو حنيفة: عشرة.

---

(١) الإفصاح (٢/١٢، ١٣)، انظر: روضة الهداية (٣/٢٠١).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٧٧) ح (٢٨١١٤)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٢/٢٣١) ح (٧٣٨).

لنا: هو أنه فسر بجمع مطلق فأشبه اذا فسر بالعشرة.

قالوا: أكثر ما يستعمل فيه لفظ الدراهم عشرة.

قلنا: لم يقر بأكثر ما يستعمل فيه لفظ الدراهم وإنما أقر بدراهم كثيرة وما دون العشرة كثيرة، ثم يحتمل أنه لم يقصد كثرة العدد وإنما قصد أنها كثيرة التركه.

مسألة: إذا قال له عليّ كذا درهماً وكذا كذا درهماً لزمه درهم وإن قال كذا وكذا درهما ففيها قولان: أحدهما: درهم، والثاني: درهمان.

وقال أبو حنيفة: يلزمه في كذا درهماً عشرون وفي كذا كذا درهماً أحد عشر وفي كذا وكذا درهماً أحد وعشرون وفي كذا درهم مائة.

لنا: أن قوله كذا مبعهم يقع على القليل والكثير وقوله درهما بيان لما أبهمه فكأنه قال هذا المبهم هو درهم فلا يلزمه زيادة على ذلك ولأن زيادة اللفظ تفيد التأكيد أو الزيادة وقد جعلوها موجبه للنقصان ولأن قوله كذا درهم يحتمل نصف درهم أو عشرة فلا يحمل على المائة.

قالوا: أقل عدد ينتصب فيه الدرهم عشرون وأقل عدد ينتصب فيه الدرهم بلا عطف أحد عشر ومع العطف أحد وعشرون وأقل عدد ينخفض فيه الدرهم مائة.

قلنا: يحتمل ما قلتم ويحتمل أنه قصد تفسير المبهم بأنه درهم فلا يلزمه إلا الأقل.

مسألة: إذا قال له علي درهم فدرهم لزمه درهم.

وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان.

لنا: أنه يحتمل فدرهم لازم أو فدرهم جيد فلا يلزمه الزيادة.

قالوا: حرف عطف فأشبه إذا عطف بالواو .

قلنا: الواو من أمهات حروف العطف والفاء تستعمل في العطف والصرف ولهذا قال الحطيئة يريد أن يغربه فيعجبه.

قالوا: لو قال أنت طالق فطالق يقع طلقتان.

قلنا: من أصحابنا من نقل جواب الطلاق إلى الإقرار والإقرار الى الطلاق وجعلهما على قولين وإن سلم فلأن الطلاق أقوى ولهذا يسري بخلافه الإقرار ولو قال أنت طالق طالق يقع طلقتان لو قال له درهم درهم لم يلزمه درهمان.

مسألة: إذا قال له عليّ درهم فوق درهم لزمه درهم في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان.

لنا: أنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي فصار كقوله تحت درهم.

قالوا: الظاهر أنه إقرار بالزيادة كقوله على فوق ألف.

قلنا: لا يحتمل إلا الزيادة وهذا يحتمل في الجودة والمحل ولهذا لو قال: له عليّ دون ألف لم يقبض إلا القدر ولو قال له عليّ درهم تحت درهم لم يقبض القدر.

مسألة: إذا قال له عليَّ ألف درهم رجع في تفسير الألف إليه.

وقال أبو حنيفة: يكون الجميع دراهم.

لنا: هو أنه يلزمه بالثاني زيادة على العدد الأول فلا يكون تفسيراً له كما لو قال ألف وثوب.

قالوا: عطف على العدد المبهم ما يثبت في الذمة بالإتلاف فأشبه اذا قال مائة وخمسون درهما.

قلنا: يبطل بالثوب فإنه يثبت في الذمة عندهم بالإتلاف ولهذا يجوز أن يصالح عنه بأكثر من قيمته ثم لا يفسر المبهم ولأن عندهم لو قال ألف وشاة كان تفسيراً لمبهم وإن لم تثبت الشاه في الذمة بالإتلاف ثم الأصل لا يسلم في قول ابن خيران والأصطرخي وإن سلم فلأنه هناك ذكر عددين مبهمين فرجع التفسير إليهما وهاهنا ذكر منهما وعطف عليه مفسراً فلم يجعل تفسيراً له ولهذا لو قال مائة وخمسون ثوباً كان الجميع ثياباً ولو قال ألف ثوب رجع إليه ولأن الدرهم هناك ذكره لتفسير ولهذا نصبه فلم يلزمه به زيادة وهذا لم يذكره للتفسير ولهذا رفعه فلزمه به زيادة.

قالوا: العطف يقتضي التسوية كالتثنية فوجب أن يحل عليه.

قلنا: يبطل بما قسنا عليه ثم العطف يقتضي التسوية في المذكور وهو الإثبات في الذمة لا فى الجنس كما لو قال رأيت رجلا وامرأة.

مسألة: اذا قال له عليَّ ألف إلا ثوباً جاز.

وقال أبو حنيفة: لا يصح الاستثناء.

لنا: أنه استثناء لا يرفع المستثنى منة فأشبه إذا قال ألف درهم إلا دينار أو لأن ما جاز يقضي به دينه جاز استثناؤه منه دليله ما ذكرناه.

قالوا: استثنى ما لا يثبت في الذمة مما يثبت في الذمة فأشبه إذا قال بعتك بألف درهم إلا ثوباً.

قلنا: في البيع لا يحتمل استثناء الثوب من الدراهم ويحتمل في الإقرار بل يكون قضاه عن الألف ثوباً ولأن الاستثناء في البيع يوجب جهالة فبطل والإقرار لا يبطل بالجهالة ولهذا يجوز أن يستثنى الدنانير من الدراهم بخلاف البيع.

قالوا: الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لدخل فيه فلا يجوز من غير جنسه كالتخصيص.

قلنا: لو كان الاستثناء إخراج ما دخل لما مثل منه وإنما هو مع المستثنى منه إحدى العبارتين عن القدر الذى يريده ويخالف التخصيص فإنه منفصل فلم يتعلق بما ليس من جنسه وهذ متصل يدل الكلام عليه فحمل على استثناء قيمة الثوب كما لو استثنى الحنطة من الشعير والدنانير من الدراهم.

مسألة: اذا قال غصبت منه ثوباً في منديل لم يلزمه إلا الثوب.

وقال أبو حنيفة: يلزم الجميع.

لنا: أنه أقر بشيء وإضافة الى محل فأشبه إذا قال غصبت دابة في اصطبل أو نخلة في بستان.

قالوا: وصف نفسه بغصب الثوب وهو في المنديل فصار كما لو قال غصب ثوباً عليه طراز.

قلنا: يحتمل أنه وصف حال الغصب ويحتمل أنه وصف المغصوب في حال الأقدار والطراز جزء من الثوب وهذا طرف له ولهذا لو قال بعته الثوب وعليه الطراز دخل في البيع ولو قال بعته الثوب في المنديل لم يدخل في البيع.

مسألة: إذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو لم يلزمه قيمته لعمرو في أحد القولين.

وقال أبو حنيفة: يلزمه.

لنا: هو أنه إقرار بما أقربه لغيره فلا يلزمه ضمانه كما لو أقر ولم يذكر الغصب.

قالوا: أقر بسبب يوجب الضمان فأشبه إذا قال أتلفت.

قلنا: في الإقرار المطلق أيضاً أقر بسبب يوجب الضمان فإنه بإقراره سلط الحاكم على أخذه ثم لا يصير كما لو قال قدمت لحمه الى السنور وشعيره الى الحمار.

مسألة: إذا أقر بألف مؤجلة قبل منه في أحد القولين [١].

وقال أبو حنيفة: لا يقبل قوله في التأجيل [٢].

---

(١) الإفصاح (٢/١٦)، انظر: روضة الطالبين (٤/٣٩٨).

(٢) الإفصاح (٢/١٦)، ووافق الأحناف مالك انظر الهداية (٣/٢٠٢)، الفتاوي الهندية (٤/١٩٠)، حاشية الدسوقي (٣/٤٠٤).

لنا: أنه أقر بدين على صفه يثبت عليها فأشبه إذا قال له عليّ دراهم رديئة ولأنه صفة تلزم في بعض الديون فأشبه الحال ولأنه يقبل منه استثناؤه وهو يسقط بعض المقربه فلأن يقبل التأجيل أولى.

قالوا: أقر بحق عليه وادعى لنفسه حقا فأشبه إذا قال هذه الدار له ولي فيها إجارة أو طلقها على مال أوله عليّ ألف أبرأني منها.

قلنا: في الدار أقر له وادعى حدوث عقد الأصل عدمه فهو كما لو قال له عندي جارية قد زوجته وهذا أقر بالدين على الصفة التي تثبت عليها فهو كما لو قال له عندي جارية وحشية والمال في الطلاق ليس من صفاته التأجيل من صفات الدين فهو كالطلاق الرجعي والبائن والإبراء يسقط الإقرار فهو كما لو قال له علي عشرة إلا عشرة وهاهنا لا يسقط فهو كقوله عشرة إلا ثلاثة ولأن البيع بشرط الإبراء يجوز وبشرط التأجيل يجوز.

مسألة: إذا أقر بالألف ثم جاء بألف هي وديعه صدق.

وقال أبو حنيفة: لا يصدق.

لنا: هو أنه ما فسر به قوله عندي فسر به قوله على كالدين.

قالوا: على ما يقتضي ما في الذمة.

قلنا: بل يقتضى الإيجاب وذلك يتناول الدين والعين ولهذا يقول عليَّ دفع العين وعليّ دفع الدين، ولأن عندهم يقتضي العين ثم يقبل في تفسيره الدين.

مسألة: إذا أقر يوم السبت بدرهم وأقر يوم الأحد بدرهم لزمه درهم واحد.

وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان.

لنا: أنهما إقراران اتفقا لفظاً ومعنى فكانا بمال واحد كما لو كانا في مجلس واحد وكانا مضافين إلى ثمن مبيع أوصك ولأنه يحتمل أن يكون إعارة ويحتمل أن يكون استئنافاً فلا يلزمه إلا اليقين ولأنه لو أقر عند الشهود بدرهم ثم قدمه إلى الحاكم فأقر عنده كان الثاني هو الأول فكذلك إذا أقر به عند غير الحاكم.

فإن قيل: عند الحاكم به حاجه لأنه يخاف إن حجد أن يقام عليه البينة.

قيل: لا حاجة به إلى ذلك فإنه يمكنه أن يعرفه بما أشهد عليه فلا تقام عليه البينة.

قالوا: شهادة على مال منكر بعد استيفاء الإشهاد وعلى مال في مجلس آخر فأشبه إذا شهد بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن ثوب.

قلنا: ذاك لا يحتمل التكرار وهاهنا يحتمل.

قالوا: المعاد يعرف باللام فلو أراد الأول لعرف.

قلنا: إنما يعرف إذا عاد عند الأول مع قرب العهد فأما مع بعد العهد أو عند آخرين فلا يعرف.

مسألة: إذا شهد شاهد أنه أقر بألف والآخر بألفين أو شهد شاهد أنه أقر بألف والآخر بعشرة ثبت الأقل منهما بالشاهدين.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت.

لنا: أنه اتفقت الشهادتان على ألف واحدة فأشبه إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف والآخر أنه أقر بألف وخمسمائة والدليل على الوصف أن الألف داخل في الألفين ومعقول من القولين لأنه لا فرق بين أن يقول ألف وألف وبين أن يقول ألفان ولأن من سمعه يقر بألفين جاز أن يشهد عليه بالألف ومن ادعى ألفين فشهد له الشاهد بألف قبل ولأن اختلاف لفظ الشهود مع اتفاق المعنى لا يمنع ثبوت الحق كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالعجمية أو شهد أحدهما أنه استوهبه والآخر أنه استماحه أو شهد أحدهما أنه ضمنه وشهد الآخر أنه تكفل به.

قالوا: اختلف الشهادتان لفظاً ومعنى فأشبه إذا شهد أحدهما بألف دينار والآخر بألف درهم والدليل على الوصف أن الألف غير الألفين كما أن امرءًا غير امرأتين وعبداً غير عبدين.

قلنا: اللفظ اختلف فأما المعنى وهو الألف منهما واحد بخلاف المرء والمرأة والعبد والعبدون والدنانير لا تعقل من الدراهم وهاهنا الألف من الألفين تعقل ولهذا لو أقر بهما في مجلس واحد لم يدخل أحدهما في الآخر وهاهنا يدخل الأقل في الأكثر في مجلس واحد فثبت أقلهما بالشهادتين كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة.

مسألة: إذا قال لفلان عليَّ ألفٌ من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه حتى يقبض المبيع.

وقال أبو حنيفة: يلزمه.

لنا: هو أنه أقر بثمن مبيع فلا ينفرد عنه كما لو قال اشتريت منه عبداً بألف فقدم العبد، ولأنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم الذي له لم يجب الذي عليه كما لو عتق المبيع.

قالوا: غير المعين لا يلزمه ثمنه وقد وصل بإقراره ما سقطه فأشبه إذا قال من ثمن خمر.

قلنا: إذا كان معيناً في العقد يلزمه ثمنه وإن لم يكن معيناً عند الإقرار فلم يصل بالإقرار ما يسقطه وفي الخمر قولان وإن سلم فلأن ذاك لا يلزمه ثمنه وهذا بخلافه.

مسألة: إذا قال وهبت وأقبضت ثم قال لم أقبضه فحلفوه حلف.

وقال أبو حنيفة: لا يحلف.

لنا: هو أن الناس يقرون عند الإشهاد لأجل الوثيقة بما لا أصل له فصار كما لو أقر بأنه باعه ثم ادعى أنه أمنع تلجئة.

قالوا: لو طلب اليمين على ما ثبت بالبينة لم يحلف فكذلك فيما ثبت بالإقرار.

قلنا: الشهود لا يشهدون لأنها شاهدوا والمقر قد يقر بما لم يكن.

مسألة: يصح الإقرار للحمل في أحد القولين.

وقال أبو يوسف: لا يصح حتى يعزوه إلى إرث ووصية.

لنا: أنه يملك بالإرث والوصية فجاز الإقرار به مطلقاً كغير الحمل.

قالوا: لا يثبت له الحقوق من جهة المعاملة فأشبه البهيمة.

قلنا: إلا أنه يثبت له من جهة الإرث والوصية وإذا أمكن أن يحمل على الصحة لم يحمل على الفساد ويخالف البهيمة فإنه لا يثبت لها الحقوق بشيء من الجهات فلم يصح الإقرار لها.

قالوا: إقرار لمجهول فإنه لا يعلم أنه واحد أو أكثر ذكراً أو أنثى فصار كما لو أقر الواحد من الناس.

قلنا: في الأصح لا يصح وإن عزاه إلى الإرث والوصية لو عزاه هاهنا إلى الإرث والوصية صح لذلك إذا أطلق كغير الحمل.

قالوا: إقرار بشرط وهو أن له على إن كان حملٌ فصار كما لو قال لفلان عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر.

قلنا: الإقرار لغير الحمل أيضا بشرط وهو أن له علي إن صدقني ثم يصح ويخالف رأس الشهر فإنه لا يتبيّن به صحة الإقرار في الحال وبظهور الحمل يتبين صحة الإقرار في الحال وبظهور الحمل بين صحة الإقرار في الحال.

مسألة: يصح في الإقرار للوارث في المرض في أحد القولين [1].

وقال أبو حنيفة: لا يصح [2].

---

(١) الإفصاح (١٥/٢)، انظر: روضة الطالبين (٣٥٣/٤).

(٢) الإفصاح (١٥/٢)، ووافق الأحناف أحمد. انظر الهداية (٢١٠/٣)، المغني (٣٤٤/٥)، الكافي لابن قدامة (٣٠٠/٤).

لنا: أن من صح إقراره بوارث صح إقراره له كالصحيح ولأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبيٍّ وما منع من التبرع به لحق الورثة لم يمنع من الإقرار به لحق الورثة كالزائد على الثلث، ولأنه معنى يعمل به ثبوت الدين فاستوى فيه الوارث والأجنبي كالبينة.

قالوا: إثبات مال في حال المرضى بقوله للوارث فأشبه الهبة.

قلنا: فرق بين الهبة والإقرار كما قلنا فيما زاد على الثلث في حق الأجنبي ثم الهبة تفضيل وإيثار والإقرار إخبار عن واجب ولهذا يصح فيما لا يصح فيه الهبة من المجهول والمشاع.

قالوا: محجورٌ عليه في حقه بدليل أنه لا يملك أن يهب له ماله وهو الثلث فصار كالمجنون في حق كل أحد.

قلنا: الحجر في الهبة لا يوجب الحجر في الإقرار كما نقول فيما زاد على الثلث في الأجنبي ويخالف المجنون فإنه ليس من أهل الإقرار والمريض من أهل الإقرار.

قالوا: متهم في إقرار له يقبل كالفاسق في شهادته.

قلنا: لا نسلم فإنه حال الورود على الله تعالى فلا يظن أنه يحرم بقية الورثة حقوقهم وعلى أنه يبطل به إذا برئ من مرضه أو أعتق أم ولده وإقرار بجميع ماله وإذا أقر لمن هو وارث ثم خرج عن أن يكون وارثاً.

مسألة: لا يقدم غرماء الصحة على غرماء المرض.

وقال أبو حنيفة: يقدمون.

لنا: أن كل دينين لو ثبتا في المرض اشتركا في المال فإذا ثبت أحدهما في الصحة والآخر في المرض اشتركا فيه كالثابتين بالبينة ولأن كل حق لو ثبت بالبينة في المرض ساوى ما ثبت بالبينة في الصحة فكذلك إذا ثبت بالإقرار كالنسب ومهر الزوجة.

قالوا: بالمرض صار محجوراً عليه لحق الغرماء بدليل أنه ينقص هبته وإقرار حال الحجر لا يساوي إقرار حال الإطلاق كالعبد المأذون إذا حجر عليه.

قلنا: لو صار محجورا لأزيل يده عن المال كالعبد ثم الحجر في الهبة لا يوجب الحجر في الدين كالمريض فيما زاد على الثلث لحق الوارث وكالعبد المأذون لحق السيد ثم لا يسلم الأصل في أحد القولين وإن سلم فلأن ذاك يملك عقود المداينة في أحد الحالين دون

الآخر وهاهنا يملك في الحالين فلم يختلف إقرار فيهما.

قالوا: دين الصحة أقوى بدليل الهبة وفي مال المريض يقدم الأقوى كالكفن يقدم على الدين والدين يقدم على الإرث.

قلنا: الستر بالكفن لا يحصل التأخير فقدم الدين والدين يجب لحقه فقدم على ما يجب للقرب ولهذا كسوته على الدين في حال الحياة ونفقته على نفقة أقاربه ثم لا يقدم أحد الدينين على الآخر.

قالوا: متهم لعلمه أنه لا يحصل للورثة شيء فقر لمن يدفع إلى ورثته.

قلنا: يبطل به إذا أقر بدين في المرض ثم أقر لآخر ويبطل به إذا أقر بنكاح امرأة ومهرها.

مسألة: إذا أقر أحد الاثنين بدين وأنكر الآخر وجب على المقر من الدين بحصته في قوله الجديد.

وقال أبو حنيفة: يجب الجميع في نصيبه [1].

لنا: هو أنه أقر بمال يتعلق بمال مشترك فوجب عليه بقدر حصته كما لو أقر أحد الشريكين بجناية العبد المشتركة ولأن ما كان شائعاً في جميع التركة إذا ثبت فكذلك بالإقرار كالوصية ولأنه حق اجتمع فيه إقرار معين وإنكار معين فلم يجب جميعه كما لو ادعى على الأب دين وأقر ببعضه وأنكر البعض والدليل على اعتبار الإنكار به أنه يحلف المنكر أنه لاحق عليه، ولأن الدين يجب في التركة شائعاً فيكون هذا إقرار أنه على نفسه وعلى غيره ولا يوجد منه إلا بقدره كما إذا ثبت بوديعة قسموها ولأنه لو وجب جميع الدين عليه لم تقبل شهادته بالدين على غيره لأنه يدفع بذلك عن نفسه مغرماً.

فإن قيل: يجوز أن تقبل شهادته ولا يعتبروا في ضمان شهادته لو ثبت بغير الشهادة كما يقبل شهادة الشاهد بالزنا وإن كان ما في ضمانه إسقاط الحد بقذفه.

قيل: في ذاك غير متهم لأنه لا يتبين وجوب حد عليه فيسقطه بالشهادة وبالشهادة بالدين يتبين وجوب دين عليه يسقط بشهادته فوزانه شهادة الزوج كما تضمن إثبات خيانة في حقه لم يقبل شهادته.

---

(١) الإنصاح (٢/١٥)، الهداية (٣/٢١٣).

قالوا: نصيب الحاجز كالهالك ولو هلك بعض المال والوارث وأحد قضي الدين من الجميع فكذلك هاهنا.

قلنا: لأن هناك يثبت جميع الدين فقام جزء مقام الباقي في قضاء الدين وهاهنا لم يثبت إلا نصفه ولهذا لو كان العبد لواحد فأقر عليه بجناية ثم غصب بعضه لزمه جميع الأرش في الباقي ولو كان لاثنين فأنكر أحدهما لم يلزم المقر إلا بحصته فكذلك لو أقر الوارث الواحد أن أباه وصى له بخمسين والمال ثلاثمائة فهلك نصفه لزمه الخمسون في الباقي ولو كان اثنان واقتسما المال وأنكر أحدهما لزم المقر بحصته.

مسألة: إذ أقر أحد الاثنين بأن ثالث لم يثبت الإرث.

وقال أبو حنيفة: يثبت.

لنا: أنه أقر بنسب فلم يثبت الإرث كما لو أقر ببنوة معروف النسب أو ببنوة من هو أكبر سناً من أبيه ولأنه إذا لم يثبت النسب المقر به وهو الأصل فلأن لا يثبت الميراث أولى ولا يلزم إذا أقر أحدهما بزوجية امرأة أبيه وأنكر الآخر فإنه لا يثبت الإرث في أحد الوجهين وإن سلم فلأن المقر هناك في الحقيقة هو المال لأن الزوجية فاتت بالموت، وهاهنا النسب فإذا لم يثبت فالمال أولى ولأن أقر حق في مقابلته بحق لا ينفك أحدهما من الآخر فإذا لم يسلم الذي له لم يجب الذي عليه كما لو قال بعتك هذه السلعة بألف فأنكر المشتري.

قالوا: مال لو ثبت بالبينة شاركه غيره فيه فإذا أقر به شاركه كالدين.

قلنا: في الدين يثبت المقر به وهاهنا لم يثبت المقر به وهو النسب فلم يثبت المال.

قالوا: أقر بحق يتعلق بسبب لم يحكم ببطلانه فأشبه إذا أقر ببيع شقص فيه شفعة وأنكر المشتري أو أقر بطلاق أو عتق على مال فأنكر الزوجة والعبد.

قلنا: إن لم يحكم ببطلانه فلم يحكم أيضاً بثبوته لما لم يثبت وما حكم ببطلانه سواء كالشهادة والشفعة لا تثبت في قول أبي العباس ثم حكمها حكم الطلاق والعتق ،ألا ترى أن الشفعة لا تثبت في قول أبي العباس ثم حكمها وحكم الطلاق والعتق آكد ألا ترى أن الشفعة تثبت مع عدم البيع وهو بعد فسخ البيع والطلاق والعتاق يثبتان مع بطلان السبب وهو إذا أقر عندهم ببنوة عبد وهو أكبر سناً منه أو بأخوة زوجته وهي معروفة النسب والإرث لا يثبت مع بطلان النسب ولأن في الطلاق والعتاق أقر بحق في مقابلته مال لا

ينفك عنه وفى الشفعة أقر بحق في مقابلته حق وقد سلم له وهاهنا أقر حقًا في مقابلته حق لا ينفك أحدهما عن الآخر ولم يسلم ماله فلايجب ما عليه كما لو قال بعتك هذا العبد بألف وأنكر المشتري.

مسألة: يثبت النسب بإقرار الوارث الواحد.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت.

لنا: ما روي أن عبد بن زمعة قال في ابن وليدة: زمعة هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال ﷺ «**الولد للفراش**»[1].

فإن قيل: إنما لحقه في حقه ولهذا قال لسودة احتجبي عنه فإنه ليس بأخ لك.

قيل: النسب لا يتبعض وقوله «**احتجبي**» فإنه ليس بأخ لك أراد شبهاً لأنه كان يشبه الزاني فحجبها عنه احتياطاً ولأنه إقرار بسبب يوجب الإرث فثبت به النسب كإقرار الإرث ولأن من حاز الإرث جاز أن يثبت النسب كإقرار الإرث وجاز أن يثبت النسب بقوله كالإبنين ولأنه حق يثبت بالإقرار فثبت بإقرار الوارث الواحد كالدين.

قالوا: حمل نسب على الغير بواحد فلم يثبت كشهادة الأجنبي وإقرار أحد الوارثين مع إنكار الآخر.

قلنا: الأجنبي غير قائم مقام الأب والوارث قائم مقامه في سائر الحقوق فقام مقامه في النسب ولأن ذاك شهادة وهذا إقرار ولهذا لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم ولا العدالة وإذا أنكر أحدهما لم يوجب الإقرار من جميع من يقوم مقام الأب وهاهنا بخلافه.

مسألة: إذا أقر ببنوة صبي ومات وجاءت أمه وادعت الزوجية لم يثبت.

وقال أبو حنيفة: يثبت استحساناً.

لنا: أنه إقرار بولد فلم يكن إقرارا بزوجية أمه كما لو لم تكن معروفة الحرية.

قالوا: الظاهر أنه لم يحصل الولد من حرة إلا من نكاح صحيح والأصل أنه لم يطلق فثبت الزوجية.

قلنا: ليس الظاهر النكاح الصحيح فإن الناس يفعلون الصحيح والفاسد ولأن الظاهر فيمن لم تعرف حريتها أيضاً أنها حرة بظاهر الدار ثم لا يثبت زوجيتها ويبطل به إذا جاء

---

(١) تقدم تخريجه.

أخو هذا الصبي وادعى البنوة فإن الظاهر أن أمه لم تتزوج بغير هذا الزوج ثم لا يثبت نسبه.

وبالله التوفيق والله أعلم الصواب

تم الكتاب بحمد الله

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد سيد المرسلين وخاتم النبيين وعلى آله أجمعين فرغ من تحريره مصاحبه أويس بن عمرو بن عليّ الموشلانى المراغي بمدينة السلم في المدرسة النظامية عمرها الله ليلة الأحد لخمس مضين من شعبان المبارك سنة ست وستين وأربعمائه وحسبنا الله ونعم الوكيل.

فهرس المحتويات